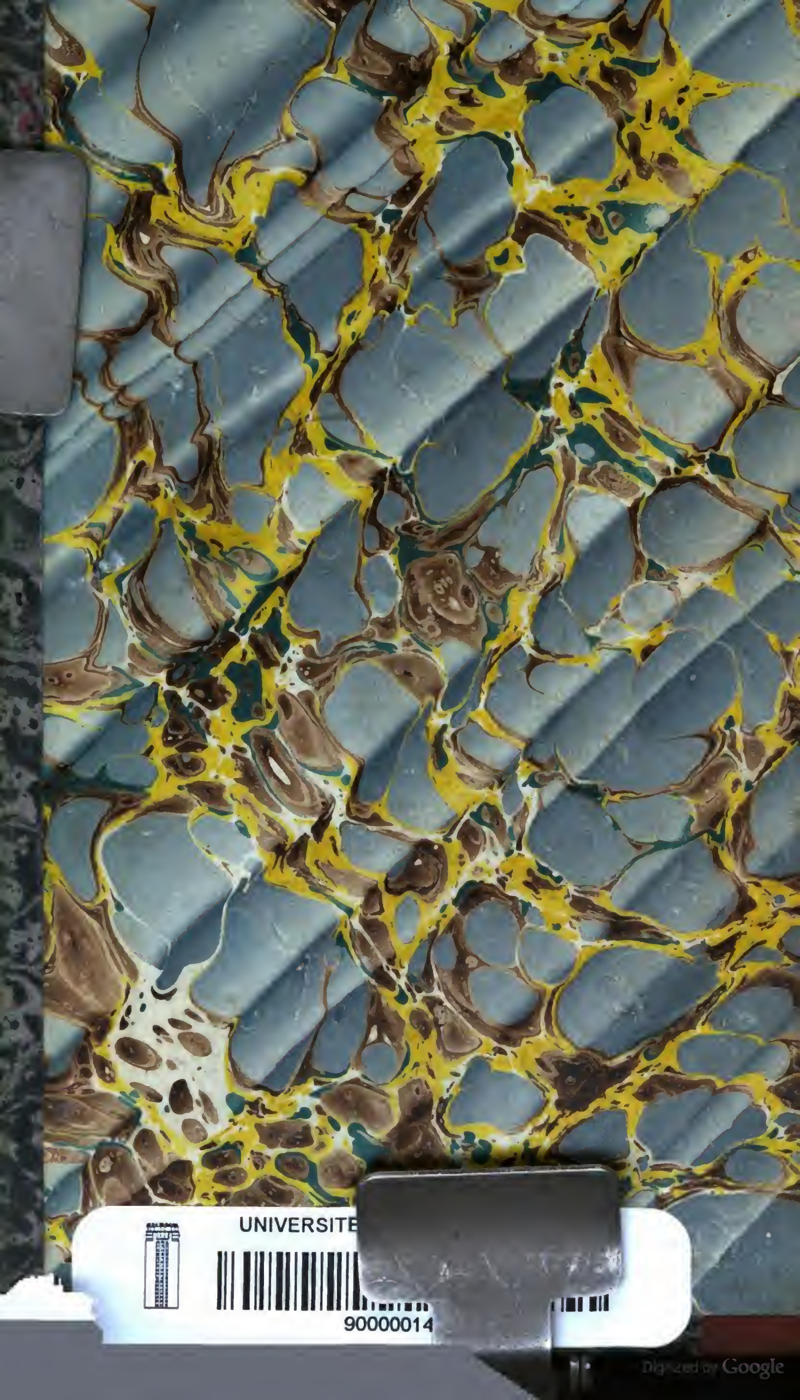



UNIVERSITE
90000014
Digitized by Google



Vermischte Aufsätze

aus dem Gebiete

der

reinen und angewandten

Rechtswissenschaft

von

Dr. Reinhardt,

Königl. Würtembergischem Regierungs-Rath und Stadt-Richter für die Residenz-Stadt Stuttgart.

Erstes Heft.

Stuttgart,
bey Joh. Fried. Steinkopf.
1822.



Vorwort.

Nur Weniges ist es, was ich als solches zu geben habe. Diese Aufsätze sind zum Theil die Ergebnisse des wirklichen Lebens, zum Theil aus Veranlassung derselben und einer genauern Untersuchung, namentlich schwieriger und streitiger Gesetzstellen entstanden. Ueber ihren Werth oder Unwerth mögen Kenner entscheiden; übrigens werde ich diese Sammlung in Heften, wovon jedesmal drey einen

Band geben, fortsetzen. Zwanglosigkeit der Hefte in Hinsicht auf Zeit und Umfang aber gebietet mir mein amtliches Verhältniß.

Stuttgart, im April
1822.

Der Verfasser.

Inhalt.

Seite

I. Aufsatz.

Kann ein dingliches, auf einem gewißen Grundstück haftendes Recht, in so ferne es nehmlich keine Dienstbarkeit ist, von demselben auf dem Wege des Vertrags getrennt, und auf ein anderes übertragen werden?

Zum §. 17. des 9. Titels des 2. Theils des (Würtemb.) Land-Rechts.

Daß der §. 17. des 9. Titels des 2. Theils des Land-Rechts die bestimmte Verordnung enthalte, daß eine auf einem Grundstück haftende Grund-Abgabe nicht durch Vertrag (in so ferne nehmlich nicht der Zinsherr seine Einwilligung hiezu ertheilt), von diesem Grundstück ganz oder zum Theil getrennt, und auf ein anderes übertragen werden könne, darüber sind und waren von jeher die Commentatoren unseres Land-Rechts einig. Allein eine andere Frage ist: ob im umgekehrten Fall, wenn ein dingliches Recht, in so ferne es nehmlich nicht in einer Dienstbarkeit, sondern in einer Leistung, welche der Besitzer des Grundstücks, als solcher, anzusprechen hat, besteht, von demselben durch Vertrag getrennt, und auf ein anderes übertragen werden will, dieser Vertrag rechtskräftig seye, oder ob auch ihm die angeführte Verordnung unseres Land-Rechts entgegen stehe? — Die Ent-

scheidung dieser Frage muß offenbar, da es an gesetzlichen Bestimmungen fehlt, da mir auch sogar nicht einmal Ansichten der Rechts-Gelehrten hierüber bekannt sind, aus der Natur der Sache und dem ursprünglichen Zwecke jener Verordnung entnommen werden. Es ist nehmlich wohl eine allgemein geschichtlich bekannte Thatsache, daß zur Zeit, wo unser Land-Recht entstand, der bey weitem bedeutendste Theil der Staats-Abgaben in Grund-Abgaben bestand; wenn nun die Uebertragung der oft einzeln so unbedeutenden Grund-Abgaben von einem Grundstück auf das andere, ohne Einwilligung des Zins- oder Grund-Herrn, erlaubt gewesen wäre, so würde offenbar durch diese Willkür in kurzer Zeit eine solche Verwirrung entstanden seyn, daß der Zins- oder Grund-Herr durchaus nimmer gewußt hätte, wo und von wem er seine Grund-Abgaben zu beziehen habe? Welche kostspielige Renovationen der Lager- und Haisch-Bücher wären hiedurch herbeygeführt worden, und was würden auch diese bey einem ganz freyen Spielraum der Abgabe-Pflichtigen genützt haben? Wollte also der Zins- oder Grund-Herr sich seine Grund-Abgabe und die Möglichkeit des Einzugs sichern, so war hiezu eine Verordnung, wie die oben angeführte, wesentliches Erforderniß, und über den Grund und Zweck derselben möchte also wohl weder Streit entstehen, noch diese Verordnung als nicht hinreichend gerechtfertigt erscheinen können. Allein anders ist es doch wohl, wenn der Zins- oder Grund-Herr oder ein Dritter eine dingliche Abgabe zu leisten, d. h. nicht zu nehmen, sondern zu geben hat. Hier kann es ihm einerley seyn, ob dieselbe von einem Grundstück auf das andere übertragen, ob sie nur von Einer Hand oder von mehreren bezogen wird. Er gibt

nie mehr, und hat nie mehr zu geben, ja eine unter den Empfängern herrschende Unordnung kann niemals ihm, nur jenen schaden; daher kann auch die Verordnung jenes Gesetzes auf den vorliegenden, dem im Gesetze enthaltenen ganz entgegengesetzten Falle eben dieser durchgreifenden Verschiedenheit halber niemals anwendbar seyn, und da kein anderes Gesetz die Uebertragungen solcher dinglichen Rechte von einem Grundstück auf das andere verbietet, so sind sie offenbar und um so mehr erlaubt, als sich zu einem Verbot durchaus kein hinreichender Grund auffinden läßt. Im Allgemeinen kann es wohl also keinem Zweifel unterliegen, daß die von mir aufgestellte Frage zu bejahen sey. — Es möchte aber doch Rechts-Gelehrte geben, welche von dieser Regel in dem Fall eine Ausnahme anzunehmen geneigt wären, wenn das, was gegeben, und das, was empfangen wird, correspectiv ist, oder deutsch, wenn dafür, daß etwas gegeben, etwas wieder empfangen wird. Man denke sich z. B. den Fall, daß von einem Haus-Platz ein Zins gegeben, dagegen aber von dem Zinsherrn jährlich an Holz etwas verabfolgt wird. Diese an und für sich sehr scheinbare Ausnahme enthält nun auch wirklich in ihrer Allgemeinheit etwas Wahres und etwas Falsches, wie ich sogleich zeigen werde. Wenn nehmlich zwischen dem, was gegeben, und zwischen dem, was empfangen wird, eine bloße Rechts- und keine Sach-Verbindung Statt findet, oder um mich deutlicher auszudrücken, wenn das Gegebene mit dem Empfangenen in durchaus keiner weitern Verbindung steht, als daß eben bloß deßwegen, weil gegeben — empfangen wird, so sehe ich durchaus keinen vernünftigen Grund, warum diese Art der Correspectivität, welche ich

die Correspectivität der bloßen Rechts-Verbindung nennen möchte, eine Ausnahme von der allgemeinen Regel begründen sollte: denn wenn z. B. der Käufer eines Grundstücks, auf welchem eine solche Abgabe haftete, wissentlich und wohlbedächtlich dasselbe mit dieser Grund-Abgabe kauft, und dagegen wissentlich und wohlbedächtlich im Kauf-Vertrag die jenem Grundstück ursprünglich gebührende Leistung auf ein anderes übertragen läßt, wie sollte er sich wohl hierüber beschweren, oder warum sollte er nicht, wenn er sich beschwert, mit dem allgemeinen vernunftgemäßen Grundsatz, daß dem, der so und nicht anders wollte, durch dieses so und nicht anders Wollen kein Unrecht geschehe (volenti non fit injuria), abgefertigt werden können? Allein es gibt noch eine andere Art der Correspectivität, nehmlich die der Sach-Verbindung. Man denke sich nehmlich den Fall, daß eine Mühle, welche einen jährlichen Zins gibt, dagegen das Recht hat, aus den Waldungen des Zins-Herrn unentgeldlich das zum Mühl-Bau benöthigte Holz zu beziehen, oder, daß der Besitzer eines Hofguts das Recht hätte, zur Düngung desselben jährlich einige Fuder Stroh zu beziehen. Hier wird nur in Beziehung auf eine gewiße Sache, und nur dieser zu ihrer Erhaltung oder Besserung gegeben. Hier kann also auch die Leistung, welche ursprünglich nur auf das bestimmte Grundstück und nur für einen bestimmten Zweck, nehmlich den der Erhaltung oder Besserung desselben berechnet und bestimmt ist, durchaus nicht auf ein anderes übertragen werden; und der nehmliche Fall tritt ein, wenn wir uns die Leistung ohne alle Gegen-Leistung, Empfang ohne Abgabe denken, denn auch hier tritt der Real-

Grund der Unzertrennlichkeit ein. Nur die Correspectivität der Sach-Verbindung begründet also eine Ausnahme, und der Erfund meiner Untersuchung wäre also in kurzen Sätzen folgender:

In der Regel kann jedes dingliches auf einem Grundstück haftende Recht, so ferne es nehmlich keine Dienstbarkeit ist, auf dem Wege des Vertrags von demselben getrennt und auf ein anderes übertragen werden, und eine Ausnahme findet nur dann Statt, wenn dieses dingliche Recht bloß die Erhaltung oder Besserung jenes Grundstücks bezweckt.

II. Aufsatz.

Ueber das Erb-Recht des überlebenden kinderlosen Gatten in Hinsicht auf das hinterfällige Vermögen des Verstorbenen?

(Zum §. 1. des 15. Titels des 4. Theils des Land-Rechts.)

Der §. 1. des 15. Titels des 4. Theils des Land-Rechts lautet wörtlich, wie folgt:

„Aus sondern bewegenden Ursachen setzen vnd ordenen Wir, da inskünftig, nach Publicirung dieses Vnsers Land-Rechtens, ein Ehe, durch Absterben des einen Ehegemächts getrennt wird, und „keine Kinder vorhanden, so sie mit einander erzeugt „hatten, daß alsdann das im Leben geblieben Ehe-„gemächt allein an denen Haab vnd Güttern, so sein

„verstorbener Ehegenoß, zu Zeit seines Todes, voll„kommenlich (das ist mit Nuzen vnd Eigenthumb) „inngehabt vnd besessen (nach Ausweisung hieroben „im 5. vnd 6. Titul Fol. 441. u. 446. gesezten „Verordnung), erben vnd succediren: in denjenigen „Haab vnd Güttern aber, deren Niessung zur Zeit, „da selbiges Ehegemächt Todes verfahren, noch bey „andern gestanden, vnd das verstorben Ehegemächt „noch nicht pleno jure sowohl mit Nutzen als dem „Eigenthumb erlangt gehabt, das nachgelassen Ehe„gemächt, da es gleich der niessenden Per„son Tod erleben würde, ohne deßwegen „aufgerichte sondere Disposition, Testa„ment oder andere Verordnung nicht erbfähig „seye, sondern solche Gütter auf des Verstorbenen „Ehegemächts, als Proprietarii nachgelassene näch„ste Freund vnd Erben (welche zur Zeit seines Ab„sterbens die nächste im Grad gewesen), fallen sollen."

Dieser §. scheint auf den ersten Anblick klar und deutlich, auch haben die Commentatoren älterer und neuerer Zeit in demselben keine Schwierigkeiten gefunden; dennoch aber hat derselbe eine von keinem bisherigen Commentator berührte bedeutende Schwierigkeit. — Die Worte desselben:

„ohne deßwegen aufgerichte sondere Disposition, Te„stament oder andere Verordnung"

haben nehmlich hie und da die Meinung erregt, als ob auch dann, wenn der überlebende kinderlose Gatte den Verstorbenen aus einem letzten Willen beerbe, er an dem hinterfälligen Vermögen des Verstorbenen nur dann erbe, wenn der Verstorbene dieß ausdrücklich in seinem letzten Willen bestimmt

habe. Ob nun diese Meinung richtig oder unrichtig seye? dieß ist der Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Daß dieser §. eine Abweichung von den früheren und namentlich von dem zweyten Land-Recht enthalte, haben alle Commentatoren bemerkt; inzwischen halte ich es durchaus nicht für überflüssig, hier die Verordnung des zweyten Land-Rechts vollständig einrücken zu lassen.

„Wie fern sich der Hinderfall deren Güter, so „Vatter oder Mutter, oder auch das verstorben hin„derlaßnen Ehegemächt, zu nüssen hat, erstrecke, vnd „da die Person, deren solche Güter zum Hinderfall „stünden, den Todt des Nüssers nicht erlebt, wer als„dann dieselbige zu erben hab.

„Weren jemanden durch Absterben seines Vattern „oder Mutter, Eni oder Ana, in Krafft diß Vnsers „Landtrechtens hieoben geordneter Theilung, einige lie„gende oder farende Haab vnd Güter (so Vatter oder „Mutter, Eni oder Ana zu nüssen gebürt) eigen„thumblich angestorben, vnd stürbe, ehe es solche Nüs„sung von seinem Vatter oder Mutter, Eni oder Ana, „mit seinem selbs guten Willen, oder durch dessen „verwürckung, auß vrsachen hieuornen, fol. cccxlij. an„gezeigt, oder durch sein absterben erlangt hette, vnd „verliesse ein Eheweib oder Ehemann, vnd keine ehe„liche Kinder hinder jm, vnd selbiges Weib oder Mann, „lebte so lang nit, biß der Schweher oder Schwiger, „Altschweher oder Altschwiger mit Todt abgienge, so „mögen nachmals desselben Erben vnd Nachkommen, „diß orts, an solche Güter, wann gleich vber kurtz „oder lang, derselben Nüssung auch erledigt wurde, „nichts suchen noch sprechen.

„Es kan auch dißfals des Nüssers Sohn, Tochter „oder Encklin seines Ehegemächts, andern Erben oder „Nachkommen zu guten, herwider nichts auffrichten, „es sey in Heuratsabreden, andern sondern Pactis, „Gedingen oder letsten Willen, noch auch sonsten in „ander weg, solche Güter verendern vnd beschweren, „es geschehe dann mit des nüssenden Eni oder Ana, „Vatter oder Mutter, gutem freiem Wissen, vnd un= „bezwungenen Willen, also, wa solcher Vatter oder „Mutter, Eni oder Ana, zu dessen Nüssung dermassen „auffgeschribne hinderfällige Güter standen, in sollich „obgemelt ferrner Pact, Geding oder letsten Willen „bewilligen oder consentiern wurde, solches allererst vnd „sonst nicht Krafft vnd Bestand haben soll.

„Waser aber eins solchen abgestorbnen Sons, Toch= „ter oder Encklins (dem sein auffgeschrieben Erbtheil „noch nicht erledigt, oder mit der Nutzung auff obge= „setzter weg einen zugestanden) nachgelassen Ehegemächt „seines Schwehers oder Schwiger, Altschwehers oder „Altschwiger Todt erlebte, so hat sollich Ehegemächt, „in disem durch der nüssenden Person absterben gäntz= „lich erledigten Gütern, solch gleichmässig Recht vnd „Gerechtigkeit, so es auch in anderer seines abgestorb= „nen Ehegemächts Verlassenschafft (deren Eigenthumb „vnd Niessung es zu sein absterbens zeit, vollkommen „besessen) haben vnd empfahen sollen vnd mögen, Vnd „werden dise erst erledigte Güter eben gerechnet, als „ob die das versterben selbs, zu zeit seines tödtlichen „Abgangs, gäntzlichen inngehabt vnd verlassen hette, „Nämlichen, wann das verstorben Ehegemächt, nicht „Kinder auß vorgehnder Ehe verlassen, so behalt das „lebend Ehegemächt den halben Theil derselben eigen= „thumblich vnd erblich, vnd hat im vbrigen halben Theil

„die Nüssung sein lebenlang, wie hieuornen underm „Tittel, fol. cccxxj. versehen. Wann aber das verstor„ben Ehegemächt Kinder auß vorgehender Ehe hinder„lassen, so empfacht das oberlebend allein den dritten „Theil eigenthumblich und nüßlich, und werden die „obrigen zwen Theil des verstorbnen Kindern auß vor„gehnder Ehe, auch volkommenlich, pleno jure, also „bald zugestelt, innhalt der Verordnung von dem Tit„tel, fol. cccxxix.

„Vnd auff disen nechstgesetzten Fahl, da eins sol„chen Sohns Tochter oder Enckels, dessen auffgeschri„ben Erb, noch bey seinem Vatter, Mutter, Enk „oder Ana nüßlich stehet, hinderlassen Ehegemächt des „Nüssers Todt erleben wurde, mögen dem oberleben„den Ehegemächt und seinen Erben zu gutem, wol fer„nere Pacta und Versehungen auffgericht werden, ob „gleich der Nüsser die nit gewüßt, noch darein bewil„ligt hette, nachdem es allererst nach des Nüssers Todt „würckung empfahet, jhme aber an seiner Nüssung ei„nich praejudicium noch Abbruch nicht gebürt.

„Da aber jemanden nit ausser solchen Theilungen, „gegen einem seiner Eltern in auffsteigender Linien, son„der von wegen eines andern abgestorbnen Blutsver„wandten, mit desselben hinderlassen Ehegemächt ge„haltener Theilung, ettwas ligendts oder fahrendts, „eigenthumblich angestorben und auffgeschrieben worden, „so demselben oberlebenden Ehegemächt sein lebenlang „zu nüssen gebürete, er aber selbs, noch auch sein Ehe„gemächt diser nüssenden Person Todt nicht erlebten, „mag solche eigenthumbs Gerechtigkeit, auff seines „Ehegemächts Erben und Nachkommen, auch nicht „vererbt noch transmittiert werden, sonder fallen nach„mals solche Güter, ohn mittel auff andere seine nech-

„dorf, Nürtingen und Tübingen, diese Transmis-
„sion für unbillig halten, deren Meinung ich dann
„darum beyfalle, weil sonst, wenn es bey dieser
„Disposition verbleiben sollte, allerley Ungleiches
„in dem jure transmissionis daraus folgen, und zu
„noch weiterem Abtriebe à jure communi Ur-
„sache gegeben würde. Aus diesem Grunde kann
„ich nicht rathen, daß dieß Orts das jus commune,
„quod aequitate naturali nititur, corrigirt, son-
„dern wäre der Meinung, weil diese transmissio,
„so durch das Land-Recht auf die conjuges, con-
„tra jus commune gerichtet worden, neben den
„Satzungen gemeinen Rechtens nicht wohl bestehen
„mag, daß die Disposition des Land-Rechts dieß
„Orts geändert, und die transmissio in conjuges
„aufgehoben würde;"

daß der Grund der Aufhebung der 1. u. 2ten Stelle des zweyten Land-Rechts, wie hier Eisengrein bemerkt, zunächst darin bestanden, weil die Vererbung der hinterfälligen Güter an den überlebenden kinderlosen Gatten zu sehr von dem damals so sehr beliebten jus commune abweiche, eine Abweichung, die man um so weniger vertheidigen zu können glaubte, als man jenes jus commune für das wahrhafte Natur-Recht hielt, bezeugt auch

Besold in einem Consilium vom 13. Nov. 1619. welches also in die erste Zeit nach der Erscheinung des neuesten Land-Rechts fällt;
Besoldi Consilia Tubing. Pars tertia, Cons. 112. nro. 30 — 35. p. 108.

in folgenden Sätzen:

„dabey auch fürs 4te zu bedenken, daß man allhier
„in materia favorabili versire: Angesehen, daß
„eines Abgestorbenen noch nicht pleno jure besessen

denn sicher hat der Verfasser diese Stelle des ältern Land-Rechts im Auge gehabt, und er hat, was dieses Pacta und letzten Willen, Disposition, Testament und andere Verordnungen genannt, denn daß schon durch Ehe-Verträge ein anderes bestimmt werden könne, wer wollte dieses bezweifeln? Meine innigste Ueberzeugung ist daher, daß die vorliegende Beschränkung des Erbrechts des überlebenden kinderlosen Gatten nur auf die gesetzliche Erbfolge beschränkt sey, und sicherem Vernehmen nach war dieß auch die Praxis des ehemal. Tutelar-Raths.

III. Aufsatz.

Findet die Einrede des SCti Macedoniani auch bey dem Kauf liegender Güter Statt, und ist sie namentlich auch auf den bey einem solchen Kauf bedungenen Reu-Kauf anwendbar?

(Zum §. 2. des 28. Titels des 2. Theils des Land-Rechts.)

Ein Haussohn erkaufte ein Haus auf Zieler, und im Kauf-Vertrag wurde bedungen, daß der von demselben abtretende Theil dem andern einige hundert Gulden als Reu-Kauf zu bezahlen habe. Der Käufer und sein Vater kündigten nachher den Kauf auf, der Verkäufer forderte nun den Reu-Kauf, und hierüber entstand ein Rechts-Streit, in welchem der Käufer dem

Verkäufer die Einrede des SCti Macedoniani entgegensetzte. — Von zwey verschiedenen Gerichts-Stellen ergiengen hierauf zwey verschiedene Urtheile; einmal wurde der Kläger abgewiesen, das andere Mal der Beklagte verurtheilt. — Dieser Fall verdient nun offenbar eine nähere Erörterung. Zwey Fragen sind es nehmlich vorzüglich, welche hier zur Sprache kommen. Die erste derselben ist:

Findet die Einrede des SCti Macedoniani auch bey dem Verkauf liegender Güter Statt?

Das

Land-Recht 2r. Thl. Titel 28. §. 2.

verordnet folgendes:

„Ferner ordnen und wollen Wir auch sonderlich, „daß keiner Unserer Unterthanen einigem Kind, „Söhnen oder Töchtern, so lange sie unter ihres „Vaters Gewalt seyen, Geld, Wein, Korn, oder „anderes dergl. auf Wieder-Bezahlung hinleihen, „oder auf Borg zu kaufen geben ꝛc."

Es entsteht hier nun der erste Zweifel, ob diese Stelle bloß den Verkauf auf Borg bey solchen Dingen, welche allein ein Gegenstand des Darlehn-Vertrags seyn können (rebus fungibilibus), oder auch bey andern und namentlich bey unbeweglichen Dingen verbiete. Auf den ersten Anblick scheint wirklich die Beschränkung auf erstere das richtigere zu seyn;

Lauterbach Colleg. theor. pract L. 14. tit. 6. §. 13. Tom. I. p. 398. u. Diff. J. C. et P. W. ad Part. II. Land-Rechts §. 39. p. 100. u. Weishaar Würtemb. Priv.Recht 1r. Thl. §. 231. S. 167.

scheinen wirklich auch dieser Meinung zu seyn;

Frommann Diss. de SCto Macedoniano, §. 26. p. 34. und Griesinger Commentar über das Würtemb. Land-Recht §. 268. 4r. Thl. S. 1111.

aber haben sich hierüber nicht ausgesprochen. Sämmtlich diese Schriftsteller haben nun aber ganz richtig bemerkt, daß sich unser Land-Recht von dem Römischen Recht darin unterscheide, daß letzteres diese Einrede bloß auf Geld-Darleihen beschränke, und daß sie bey Käufen auf Borg nur dann Statt finde, wenn ein bloßer Schein-Kauf, d. h. ein bloßer das Darleihen bemäntelnder Kauf (contractus mohatrae) vorgegangen seye, nach ersterem aber das Kaufen auf Borg überhaupt und ohne daß ein bloßer Schein-Kauf erfordert werde, verboten seye, daß also auch unser Land-Recht weiter als das Römische Recht gegangen, nach welchem, wenn diese Einrede bey einem Kauf Statt finden sollte, erst seine Eigenschaft als Schein-Kauf erwiesen werden müßte.

Hier dringt sich nun offenbar die Frage auf: Würde wohl das Römische Recht bey dem Schein-Kauf einer unbeweglichen Sache jene Einrede ausgeschlossen haben? welche ich verneinen zu müssen glaube, denn der nehmliche Ulpian, der in der

L. 7. §. 3. D. de SCto Macedoniano (14; 6.)

zwar nur von frumento, vino vel oleo mutuo dato, ut his distractis fructibus uteretur pecunia, spricht, drückt sich doch in der

L. 3. §. 3. ej. tit.

ganz allgemein so aus:

„Quod ita demum erit dicendum, si non fraus
„SCto sit cogitata, ut, qui credere non
„potuit, magis ei venderet, ut ille *rei* pre-
„tium haberet in mutui vicem.

Hier spricht er ganz allgemein von res und ohne alle Beschränkung auf bloß fungible Dinge, und es

liegt überhaupt auch durchaus kein vernünftiger Grund zu der Behauptung vor, daß nach dem Römischen Recht, dem Schein- und bloß ein Darleihen bemäntelnden Verkauf einer unbeweglichen Sache diese Einrede nicht habe entgegengesetzt werden können, und da unser Land-Recht nicht einmal den Beweis des Schein-Kaufs verlangt, so ergibt sich klar, daß auch hier diese Einrede jedem, auch dem Verkauf unbeweglicher Dinge entgegengesetzt werden könne. Unsere erste Frage also wäre zu bejahen. Ich gehe nun auf die zweyte über: ob der Haussohn, welcher dem Verkäufer jene Einrede entgegengesetzt hat, wenigstens den bedungenen Reu-Kauf zu bezahlen habe? Hier spricht nun die Natur der Sache klar und deutlich. Reu-Kauf muß nehmlich nur dann bezahlt werden, wenn der Grund der Auflösung des Vertrags in der bloßen Reue, dem reinen Nimmerwollen des einen vertragenen Theils liegt, und es wird wohl Niemand behaupten wollen, daß wenn zur Auflösung des Vertrags ein Rechts-Grund (Verletzung oder anderer) vorliegt, Reu-Kauf bezahlt werden müsse. Denn letzterer ist doch bloß auf den Fall bedungen, wenn der Vertrag rechtsbeständig ist, und das bloße Nimmerwollen des einen Theils ihn auflöst. — Da nun in dem vorliegenden Fall die Einrede des Haussohns den Kauf-Vertrag aufhebt, so kann er zur Bezahlung des Reu-Kaufs, welcher im Fall des bloßen Nichtwollens, und nicht im Fall des Nichtmüssens bezahlt werden muß, nicht angehalten werden. Ich stelle daher auch mit aller Ueberzeugung den Satz auf: „daß auch bey dem „Verkauf von unbeweglichen Dingen an „Haussöhne die Einrede des *SCti Macedo-„niani* Statt finde, und daß diese auch auf

„den bey einem solchen Vertrag bedunge-
„nen Reu-Kauf anwendbar sey.

IV. Aufsatz.

Ist ein von einem Andern aus Auftrag des Wechsel-Ausstellers unterzeichneter Wechsel gültig?

(Zum §. 1 — 8. der [Würtemb.] Wechsel-Ordnung.)

Bey einem Gant kamen mehrere von dem Gemein-Schuldner ausgestellte und von ihm anerkannte Wechsel vor. Sichtbar aber war, daß der Gemein-Schuldner jene Wechsel nicht selbst unterzeichnet hatte, er gab auch jedesmal an, wer sie in seinem Namen unterzeichnet habe, — so kam es nun zur Sprache: „ob diese von Andern im Namen und „aus Auftrag des Gemein-Schuldners un-„terzeichneten Wechsel gültig seyen?" Diese Frage wurde bejahend entschieden. Die Gründe hiefür sind folgende: Die

Wechsel-Ordnung I. Kap. §. 1 — 8. S. 5.

fordert nur

„die völlige Namens-Unterschrift dessen, der den „Wechsel-Brief ausgestellet hat;

also nicht die eigenhändige; setzt man nun aber mit dieser Stelle die weitere

VI. Kap. §. 5. S. 26.

in Verbindung, daß der Beklagte müsse de... einen körperlichen Eid schwören:

„daß er es weder selbst geschrieben noch un-
„terschrieben, noch durch Andere habe schrei-
„ben oder unterschreiben lassen"

so sieht man klar, daß ein auch von einem Andern Namens des Wechsel-Ausstellers unterschriebener Wechsel gültig ist, denn sonst wäre die Stelle im Eide, daß er es nicht durch Andere habe unterschreiben lassen, rein überflüssig. Eben aber durch die Ausdehnung der Eides-Formel auf diesen Fall erkennt und muß die Wechsel-Ordnung einen, aus Auftrag des Ausstellers von einem Andern unterschriebenen Wechsel als gültig anerkennen.

V. Aufsatz.

Ist demjenigen Wechsel, welchen die Gattin während der Ehe ererbt, und nachher dem Gatten mittelst Empfangs-Bescheinigung der Valuta abgetreten hat, im Gant des Mannes — seine Stelle unter dem Paraphernal-Vermögen anzuweisen?

Eine Frau ererbte von ihrer Mutter während ihrer Ehe einen der ersteren von einem Handlungs-Hause ausgestellten Wechsel, trat diesen nachher ihrem Manne ab, bescheinte den Empfang der Valuta, liquidirte ihn nachher beym Gant ihres Mannes unter ihrem Paraphernal-Vermögen, und hier entstand nun die Frage: ob jenem Wechsel, der Empfangs-Bescheinigung des Betrags unerachtet, die Stelle unter dem Pa-

raphernal-Vermögen angewiesen werden könne? — Die Meinungen waren hierüber verschieden. Einmal wurde dieser Wechsel als bonum receptitium, welches er durch jene Cession geworden, angesehen; in zwey Instanzen aber wurde ihm die Stelle unter dem Paraphernal-Vermögen eingeräumt. Die Frage: welche Entscheidung die richtigere seye? ist der Gegenstand dieser Untersuchung. Wenn es nun gleich auf den ersten Anblick scheinen möchte, als ob durch die Empfangs-Bescheinigung wirklich die Liquidantin die Vermuthung begründet hätte, als ob sie den Betrag jenes Wechsels erhalten habe; so ist

a) wohl zu erwägen, daß man jene Empfangs-Bescheinigung im vorliegenden Fall nicht einmal als solche betrachten kann, sondern daß sie vielmehr bey genauer Erwägung als eine reine Formalität des Indossements, ohne welche die Indossirung nicht rechtskräftig ist, da nach allgemeinen Rechts-Grundsätzen der Mann ohne Einwilligung der Frau das Paraphernal-Vermögen derselben nicht veräussern kann, erscheint. Gesetzt aber auch und angenommen, daß die Empfangs-Bescheinigung wirklich als solche im strengsten Sinne des Worts anzusehen sey; so ist doch

b) wieder wohl zu erwägen, daß, auch den Empfang jenes Geldes angenommen, durchaus keine Vermuthung hiedurch begründet wird, daß die Frau das für ihren Wechsel Empfangene der ehelichen Gesellschaft entrückt, und bloß für ihre Privat-Zwecke benützt habe; es muß vielmehr vermuthet werden, daß sie auch jenen Empfang statt des Wechsels in die eheliche Gesellschaft wieder eingeworfen, folglich die Eigenschaft desselben als Paraphernal-Vermögen unverrückt geblieben seye. — Diese Vermuthung spricht nun in so lange für die Liquidan-

tin, bis das Gegentheil erwiesen ist, und so erscheint nun auch diejenige Ansicht, welche endlich obgesiegt, und dem fraglichen Wechsel, jener Empfangs-Bescheinigung unerachtet, die Stelle unter dem Paraphernal-Vermögen eingeräumt hat, als die theoretisch richtigere.

VI. Aufsatz.

Ueber das Erbrecht unehlicher, nicht aus verdammter Geburt erzeugter Kinder hinsichtlich ihrer Anverwandten mütterlicher Linie, und namentlich in zweyter Klasse nach gemeinem und würtembergischem Rechte.

(Zu den §§. 6. 7. u. 9. des 18. Titels des 4. Theils des Land-Rechts.)

Vielleicht dürfte Mancher, der die Ueberschrift dieses Aufsatzes liest, denselben belächeln, und die Sache so klar finden, daß eine neue Untersuchung als etwas durchaus Ueberflüssiges erscheine. Zu meiner Rechtfertigung also nur Folgendes in Hinsicht auf die Veranlassung.

Nach dem Tode eines ziemlich vermöglichen Mannes, welcher bloß Geschwister-Kinder zu Erben hinterließ, verweigerte ein Theil derselben einem unehlichen von seiner Schwester erzeugten Kinde den Erbtheil, und bestritt seine Erbschafts-Fähigkeit in dieser Klasse. Streitig ist also der vorliegende Fall in unserer Zeit geworden, streitig konnte er leider werden, da unser Land-Recht nichts Bestimmtes hierüber enthält, und somit möchte eine neuere Untersuchung dieser Frage als

gerechtfertigt erscheinen. Daß schon nach Römischem Recht den unehlichen, nicht aus verdammter Geburt erzeugten Kindern, und den unehlichen Kindern der foeminarum illustrium, was heut zu Tage nimmer anwendbar ist, bey den Anverwandten mütterlicher Linie unbedingtes — und daß ihnen namentlich auch das Erbrecht in zweyter Klasse zustehe, darüber möchte wohl unter den Rechts-Gelehrten mit Ausnahme sehr weniger nur Eine Stimme seyn; inzwischen halte ich es nicht für überflüssig, wenn einmal der Streit mit Autoritäten geführt werden solle, und man sich bey den klaren Worten des

§. 3. J. de succ. cognat. (3, 5.)

nicht beruhigen will, hier die vorzüglichsten Autoritäten anzuführen.

J. H. Boehmer, Introd. in jus Dig. Ed. IV. Part. II. de modo succedendi, §. 7. p. 309. Glück, Erörterung der Lehre von der Intestat-Erbfolge §. 116. S. 360. Günther, P. J. R. N. §. 820. Tom. II. p. 466. Hellfeld, Jurisprud. for. Edit. Nov. §. 1655. p. 639. Höpfner, Institutionen-Commentar 7te Auflage, §. 693. S. 745. Koch, Successio ab intestato, Edit. VIII. §. 77. p. 132. Malblanc, Princ. J. R. §. 784. Part. III. p. 1046. Otto, Comment. in Instit. L. 3. cap. 8. rat. succed. III. n. 6. p. 389. Schütz, Comp. juris Edit. noviss. L. 38. tit. 15. d. p. 586. Schweppe Römisches Privat-Recht, 2te Auflage, §. 827. S. 535. Stryck de success. ab intestato, Ed. VI. Diss. 3. cap. 1. §. 35 — 37. p. 212. et 213. Vinnius, Comment. in Institut. Ed. Venet. 1793. L. 3. tit. 5. §. 4. not. 3. Tom. II. p. 35. Weber, Erläuterung der Pandecten, 2ter Thl. L. 38. tit. 17. ordo succed. novus Cl. 3. nro. 7. p. 330. Cl. 4. nro. 6. p. 331.

Daß nach dem gemeinen Recht nun die Bejahung der vorliegenden Frage durchaus keinen Bedenklichkeiten mehr unterliegen könne, ist für mich wenigstens

auch Erbrecht in zweyter Klasse zustehe, und für mich wenigstens sind die Akten in dieser Angelegenheit geschlossen. Um aber alle möglichen Streitigkeiten zu vermeiden, dürfte wohl eine künftige Gesetzgebung sich bestimmter hierüber aussprechen, als dieß in den Worten unsers Land-Rechts geschehen ist.

VII. Aufsatz.

Ist die Verordnung der Legis hac Edictali auch auf uneheliche Kinder in Hinsicht auf die Mutter anwendbar?

(Zum §. 6. des 18. Titels des 4. Theils des Land-Rechts.)

Die Worte des §. 6. des 18. Titels des 4. Theils des Land-Rechts, daß die unehlichen Kinder

„nicht anderst, als wenn sie derselben ehliche Kinder wären,"

die Mutter beerben, haben in einem Fall den Streit erregt:

Ob die L. (hac Edictali) 9. C. de sec. nuptiis (5, 9.) und die Nov. 22. cap. 27., welche durch das Gesetz vom 20. July 1683.

Gerstlacher'sche Rescripten-Sammlung 1. Thl. §. 114. S. 212 — 227.
Hochstetter'sche Rescripten-Sammlung 1. Band S. 74 — 92.

auch bey uns Gesetzes-Kraft erhalten haben, auf unehliche Kinder anwendbar seyen?

Eine Mutter eines unehlichen Kindes setzte nehmlich ihren nachherigen Gatten zum Erben ein, und enterbte ihr unehliches Kind auf den Pflicht-Theil. Der Rechts-Freund des Kindes, welches diesen letzten Willen anfechten wollte, stützte sich zunächst auf die angeführten Worte; allein sowohl die Ausdrücke des Römischen Rechts:

Omnes leges tit. C. de sec. nuptiis (5, 9.)

liberi prioris matrimonii, als die des angeführten Gesetzes **Kinder erster Ehe** bezeichnen einmal zu deutlich, daß hiedurch nur die in einer frühern Ehe erzeugten Kinder gemeint sind, und dann liegt es auch ganz im Geiste der Römischen Gesetzgebung, welche nur, in so weit unser Erbrecht eine Veränderung nothwendig macht, verändert, übrigens aber ganz als Gesetz bey uns aufgenommen ist, daß diese Gesetze nicht von unehlichen, sondern bloß von in einer früheren Ehe erzeugten Kindern handeln. Der Kläger, welcher in erster Stelle obgesiegt hatte, wurde daher auch **wie recht** in letzter Stelle abgewiesen.

VIII. Aufsatz.

Findet die Rücknahms-Klage (actio redhibitoria) auch bey solchen Fehlern einer Sache Statt, welche dieselbe zwar nicht an und für sich, aber zu dem bestimmten Gebrauch unbrauchbar machen?

Historisch muß ich mir hier vor allen Dingen die Bemerkung erlauben, daß den alten Gerichts-Brauch,

der die Rücknahms-Klage bey allen Dingen Statt finden ließ,

Dr. Eduard Gans (Archiv für die civilistische Praxis 2r. Band 9te Abh. S. 112 — 118.)

in den neuesten Zeiten erschüttern wollte, indem er ihn eines groben Verstoßes gegen die Römische Rechts-Theorie bezüchtigte, daß aber

Dr. Leopold Joseph Neustettel in den Römisch-rechtlichen Untersuchungen, Heidelberg 1821. 1r. Band 9te Abh. S. 210.

denselben gegen die Angriffe Gans in Schutz genommen, und ihm durch gehaltvolle Gründe sein voriges Ansehen wieder verschafft hat. Nach dieser historischen Bemerkung gehe ich nun zur Erzählung des Falls, welcher die gegenwärtige Untersuchung veranlaßte, über.

Eine Stifts-Pflege suchte eine Uhr in ihren Kirchen-Thurm, und schloß mit einem Uhrmacher sodann einen Vertrag ab, wornach derselbe ihr eine Uhr, welche ihr die Dienste einer neuen leisten, so gut als eine neue seyn sollte, zu liefern versprach. Er lieferte ihr auch eine, und stellte sie selbst in dem Kirchen-Thurm auf. Bald nachher aber zeigte sich, daß die Uhr fehlerhaft war. Die Stifts-Pflege stellte die Rücknahms- und Wandlungs-Klage an, und die von beiden Theilen erwählten Kunst-Verständigen erklärten sodann, daß die Uhr zwar nicht an und für sich, aber für den fraglichen Kirchen-Thurm unbrauchbar seye, weil sie für denselben zu klein seye, und man sie niemals mit dem Schlagwerk so in Verbindung setzen könne, daß sie richtig gehe.

Hier lag also offenbar der Fall, wo die Sache nicht an und für sich (absolut), sondern nur zu dem bestimmten Gebrauch (relativ) unbrauchbar war, vor, und es entsteht also auch hier die Frage: ob auch wegen bloß

relativer Unbrauchbarkeit der Sache redhibitorisch geklagt werden könne?

Wenn man nun erwägt:

a) daß die Stifts-Pflege offenbar eine Uhr für ihren Kirchenthurm gesucht hat, und niemals der Meinung seyn konnte, für eine Uhr einen Kirchen-Thurm zu bauen;

b) daß der Beklagte, welcher die Uhr aufgestellt, ein Kunst-Verständiger war, und jenen Fehler bey dem von ihm besorgten Aufstellen der Uhr wohl bemerken konnte, es auch jedenfalls seine Sache war, sich nach dem Kirchen-Thurm zu richten, und diesen zum Maaßstab zu nehmen; und endlich

c) daß er sogar noch überdieß eine Uhr, welche die Dienste einer neuen, welche offenbar den Raum-Verhältnissen entsprochen hätte, thue, zu liefern versprach, für welche Zusage er Gewähr zu leisten hatte;

L. 1. §. 1. D. de aedilitio edicto (21, 1.) Neustettel a. o. a. O. S. 183.

so unterliegt es keinem Zweifel, daß auch in dem vorliegenden Falle die Rücknahms-Klage Statt finde. Aehnliche Fälle mögen sich häufig ereignen; man denke sich z. B. den Schuster, der ein Paar nicht vor die Füße des Bestellers sich eignende Schuhe oder Stiefel lieferte; den Glaser, der in ein Gebäude Fenster liefern soll, welche für die Fensteröffnungen nachher zu klein, oder zu groß sind; den Tischler, der in ein bestehendes Gebäude Thüren verfertigen soll, welche für jenes gleichfalls zu klein oder zu groß ausfallen rc.

IX. Aufsatz.

Ausführliche Erläuterung der Lehre von der querela et exceptio non numeratae pecuniae. (Klage und Einrede des nicht dargeliehenen Geldes.)

---

§. 1.

Das Römische Recht kennt ein unter dem Namen der querela et exceptio non numeratae pecuniae bekanntes Rechtsmittel. Querela — in so fern sich dessen der Kläger, exceptio — in so fern sich der Beklagte dessen bedient.

§. 2.

Man ist nun vollkommen darüber einverstanden, daß dieses Rechtsmittel gegen Schuld-Verschreibungen gerichtet ist, und daß es als Klage für den Aussteller die Wirkung hat, daß derjenige, dem sie ausgestellt worden ist, wenn er nicht den That-Bestand der Schuld zu erweisen vermag, dieselbe dem Aussteller zurückgeben muß; als Einrede aber, daß die ausgestellte Schuld-Verschreibung durchaus nichts gegen den Aussteller beweist, sondern daß dieser den That-Bestand des Anleihens zu erweisen hat, bey Führung des Beweises sich aber der durchaus nichts beweisenden Schuld-Verschreibung nicht bedienen kann. Diese Ansichten sind auch gesetzlich [1]) begründet.

1) L. 3. L. 7. L. 14. §. 4. C. de non numerata pecunia (4, 30.); L. 4. C. de condictione ex lege et sine causa (4, 9.)

§. 3.

Allein ob dieses Rechtsmittel auf alle Schuld-Verschreibungen, oder nur auf solche, denen ein dinglicher, oder endlich nur auf solche, denen bloß ein Darlehns-Vertrag zu Grunde liegt, anwendbar seye? darüber sind die Meinungen verschieden. Daß dieses Rechtsmittel auf alle Schuld-Verschreibungen, worin der Empfang einer gewißen Sache bescheinigt, und dagegen eine gewiße Verbindlichkeit übernommen wurde, anwendbar seye, behaupten

Meurer juristische Abhandlungen und Beobachtungen, Leipzig 1780. 2. Aufsatz §. 24. S. 47. Schmid, Commentar zu seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden, §. 884. 3. Thl. S. 469. Struv. Syntagma Juris Civilis, L. 12. tit. 1. §. 52. Tom. I. p. 1038. Thibaut, System des Pandecten-Rechts, §. 1180. 3. Thl. S. 101. Zoll, Discuss. jurid. de except. non num. pec. Th. 1. §. 7.

Daß es nur auf solche anwendbar seye, denen ein dinglicher Vertrag zu Grunde liege, behaupten

Berger Oeconomia juris L. 3. tit. 4. p. 629. Cocceji jus civile controversum, L. 12. tit. 1. qu. 23. Tom. I. p. 605. Cujacius Recit. ad L. I. IX. Cod. ad L. 4. tit. 30. (in oper. Napoli editis Tom. IX.) Duaren. Comment. ad tit. C. de non numerata pecunia, cap. 1. (in operibus p. 990.) Hansen, bey welchen Rechts-Geschäften findet die zwey Jahre lang dauernde exceptio non numeratae pecuniae statt? §. 8. (im Archiv für die civilistische Praxis, 4r. Band 9te Abh. S. 64.) Lauterbach Colleg. theoret. pract. L. 12. tit. 1. §. 76. Tom. I. p. 763.

Daß es endlich nur auf solche Schuld-Verschreibungen anwendbar seye, denen ein Darlehens-Vertrag zu Grunde liegt, behaupten

J. H. Boehmer Introd. in jus Digestorum, L. 12. tit. 1. §. 22. Tom. I. p. 309. Brunnemann, Comment. in Codicem L. 4. tit. 30. ad leg. 13. §. 1. p. 438. Do-

nelli, Comment. in Codicem ad. tit. de non numerata pecunia ad Const. 3. 5. 13. 14. huj. tit. Corn. van Eck. P. J. C. L. 12. tit. 1. §. 67. u. 68. Tom. I. p. 330. u. 331. Glück, Erläuterung der Pandecten ꝛc. §. 783. 12. Thl. S. 174. Günther, Pr. Jur. Rom. Nov. §. 1039. Tom. II. p. 744. Joan. Harpprecht Comment. in Instit. L. 3. tit. 22. §. 7. Tom. II. p. 193. Hoffacker, Pr. J. C. R. G. §. 2044. Tom. III. p. 290. Höpfner, Institutionen-Commentar, §. 855. 7te Aufl. S. 908. Madihn, P. J. R. §. 244. Tom. I. p. 343. Maier, Diss. de vera except. non num. pec. indole, Wirceb. 1817. §. 17. Malblanc, Pr. J. R. §. 469. Tom. II. p. 296. Mencken, Diss. de vera indole litterarum obligationis et exceptionis non numeratae pecuniae, Lips. 1749. §. 18 — 21. Oeltze, Diss. an et quatenus litterarum obligatio in Germania locum habeat? §. 27. Oiselius ad L. 2. tit. 9. Caji Institut. (in Schultingii Jurisprud. Antejustin. Lips. 1737. p. 162.) Perez, Comment. in codicem, L 4. tit. 30. §. 5. Tom. I. p. 281. Pfeiffers vermischte Aufsätze über Gegenstände des Teutschen und Römischen Rechts, Marburg 1803. 2r. Auff. 2r. Abschn. §. 13. S. 138. Schade, Diss. de except. non numeratae pecuniae, Lips. 1773. §. 1. Schaumburg, Comp. Dig. L. 12. tit. 1. §. 18. 19, p. 348. 349. Schweppe, Handbuch des Römischen Priv.Rechts, §. 452. 2te Aufl. S. 281 Voët, Comment. in Pand. L. 12. tit. 1. §. 30. 31. Tom. III. p. 18. 19. Weber, Erläuterung der Pandecten. §. 786. 1r. Thl. S. 378. Westenberg, Pr. Juris L. 12. tit. 1. §. 50 — 61. Tom. I. p. 530 — 532.

§. 4.

Sämmtliche dieser Meinungen wären daher vor allen Dingen einer genauen Prüfung zu unterwerfen. Was nun die Vertheidiger der ersten Meinung betrifft, so berufen sich diese, an deren Spitze sich

Maier a. o. a. O. §. 16 — 24. S. 43 — 46.

gestellt hat,

1) auf die folgenden Worte der

L. 14. pr. C. de non num. pec. (4, 30.)

„*In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae*
„*res numeratae vel datae esse conscribuntur,*
„non numeratae pecuniae exceptionem obji-
„cere possit."

allein diese Worte sprechen mehr gegen, als für diese Meinung, denn das Wort „*numerare*" sowohl als „*dare*" spricht doch wohl nur das aus, was man mit einem freylich gemeinen Ausdruck „ausbezahlen" nennt,

Barn. Brissonius de Verb. Signif. ad vocem „*dare*" et „*numerare*" p. 292. et 629.

und diese Stelle kann nun wohl nicht anders als so übersetzt werden: „In allen Verträgen, wo Jemand schriftlich bescheint hat, daß er Geld oder andere Dinge ausbezahlt erhalten habe, oder wo er bescheint, daß er Geld oder andere Dinge empfangen habe u. s. w." — Auch der Ausdruck „*aliae res*" bringt durchaus nichts Verwirrendes in diese Erklärung, denn daß hierunter nur fungible, d. h. solche Dinge, die allein ein Gegenstand des Darlehn-Vertrags seyn können, verstanden werden, erhellt deutlich aus den Worten „*numerare*" und „*dare*", welche allein von fungiblen Dingen gebraucht werden können, und so erhellt nun klar, daß diese Stelle vielmehr als Beweis für die zweyte als für die erste Meinung angeführt werden kann; denn sie sagt deutlich: einzig und allein bey solchen Verträgen, deren That-Bestand bloß auf dem Empfang und der Zahlung einer fungiblen Sache, wofür der Empfänger bescheint habe, beruhe, finde diese exceptio Statt. Sie berufen sich aber

2) auf die Worte der

L. 16. C. ej. tit.

„Indubitati juris est, non numeratae pecuniae „exceptionem locum habere et in talibus no- „minibus foeneratiis *vel aliis cautionibus*, „quae etiam sacramenti habent notionem.“

Allein einmal ist, was auch

Pfeiffer a. o. a. O. §. 14. S. 148.

bemerkt hat, wohl zu erwägen, daß in diesem Gesetze die Bestimmung der der exceptio non numeratae pecuniae unterworfenen Geschäfte keineswegs Haupt-Zweck, sondern vielmehr die Frage es war: ob dieselbe auch gegen eidliche Versicherungen Statt finde; zweytens zeigen die letzten Worte des Gesetzes „*vel aliis instrumentis, quae talem exceptionem recipiunt*,“ offenbar, daß dessen ganzer Inhalt nur beziehungsweise auf vorherige Bestimmungen verstanden werden könne; und drittens, was Pfeiffer nicht bemerkt hat, ist wohl zu erwägen, daß „*nomen* und *cautio foeneratitia*“ durchaus nichts anders, als „Schuldschein über Geld-Darleihen“ bedeuten, wie aus der

L. 11. C. de pactis conventis (5, 14.)

klar und deutlich erhellt. Auch hieraus also vermögen die Vertheidiger dieser Meinung ihren Satz nicht zu erweisen. Sie berufen sich aber

3) auf folgende Worte der

L. 14. §. 2. C. h. t. (4, 30.)

„Super ceteris vero securitatibus, quae super „privatis debitis à creditore conscribuntur, „vel si *qua alterius cujuscunque contractus* „gratia, in quo numeratio pecuniarum, vel „datio certarum specierum, scripta est, se- „curitas similiter data sit etc., intra XXX. dies „exceptio n. n. pec. potest objici.“

allein hier ist offenbar nicht von Schuld-Verschreibungen, sondern von Bescheinungen (Quittungen, apochis) die Rede, und daß Justinian absichtlich zwischen Schuld-Verschreibungen und Quittungen unterscheiden wollte, ergibt sich schon aus der verschiedenen von ihm festgesetzten Verjährungs-Zeit. — Daß nun allen Bescheinungen die exceptio n. n. pec. entgegengesetzt werden kann, daraus folgt noch nicht, daß sie auch allen Schuld-Verschreibungen entgegengesetzt werden könne. Denn beyde sind sehr verschieden, und so wird wohl auch

Pfeiffer a. o. a. O. S. 148.

verstanden seyn wollen. Auch diese Stelle bietet also keinen Beweis. Sie berufen sich aber

4) auf die Worte der

L. 5. C. h. tit. (4, 30.)

„Ignorare non debes, non numeratae pecu-
„niae exceptionem ibi locum habere, ubi
„*quasi credita pecunia* petitur."

weil offenbar durch das Wort „*credita*" jede Art von Verbindlichkeit bezeichnet werde; allein daß unter dem Ausdruck „*creditum*" auch hie und da ein bloßes Darleihen verstanden werde, ersieht man zu deutlich aus der

L. 3. §. 3. L. 4. D. de SCto Macedoniano (14. 6.)

und so müssen wir auch hier der Uebereinstimmung wegen diese beschränktere Bedeutung des Worts „*credita*" annehmen. Auch hierin liegt also durchaus noch kein Beweis, und so stimmen wir nun dem Ausruf

Hansens a. o. a. O. §. 5. S. 53.

„Also kein Gesetz, welches die exceptio n. n. pec.
„bey andern Rechts-Geschäften, als bey den Real-
„Contracten zuläßt;"

in Hinsicht auf den Vordersatz bey; ob auch in Hinsicht auf den Nachsatz und seiner Ausdehnung auf alle Real-Contracte? wird der Erfolg meiner Untersuchung zeigen.

§. 4.

Die Vertheidiger der zweyten Meinung haben für den bestimmten Satz, „daß die exceptio n. n. pec. auf alle dinglichen Verträge anwendbar seye," nichts an Beweisen vorgebracht. Selbst die neueste Untersuchung

Hansens a. o. a. O.

ist nur gegen die erste, nicht aber gegen die dritte Meinung gerichtet. Es fragt sich hier also allerdings: Ob die dritte Meinung begründet werden kann, woraus sich die Unrichtigkeit der beiden ersteren von selbst ergibt? Für diese letztere Meinung führe ich nun aber

1) einen älteren von

Pfeiffer a. o. a. O. §. 13. S. 140.

berührten Grund mit seinen eigenen Worten an:

„Hier muß ich nur kürzlich noch einer Ausnahme „erwähnen, welche in der L. 14. C. de n. n. p. „(4, 30.) enthalten, und zu wichtig ist, um sie „übergehen zu können, zumal daraus noch eine Be„stätigung meiner vorhin ausgeführten Meinung her„vorgeht. Nach dieser würden nehmlich alle Real„Contracte ganz vorzüglich dazu geeignet seyn, um „in Ansehung ihrer der exceptio n. n. pec. Statt „zu geben; unter ihnen will jedoch das allegirte Ge„setz einen nicht begriffen haben, auf den ausserdem „die hier entscheidenden Merkmale eben wohl passen „würden. Es nimmt nehmlich ausdrücklich „den Depositen-Contract aus, und erklärt „mithin eben dadurch, daß bey diesem die „Besorgniß am wahrscheinlichsten gewe-

„sen seye, daß ihn Jemand mit den übri-
„gen von seiner Gattung derselben Regel
„unterwerfen möchte."

Ein Haupt-Grund hiefür liegt aber

2) in der Paraphrase des Theophilus, welcher dieser Einrede nur gegenüber von dem Darlehns-Vertrag erwähnt; doch es mögen hier die Beweisstellen nach der Reitzischen Uebersetzung eine Stelle finden. Bey dem Titel

de litterarum obligatione (3, 21.)

äussert sich nehmlich Theophilus

Ed. Reitz p. 670. et 671.

auf folgende Art:

„Invenire tamen licet, si quis curatius con-
„sideret, et hodie litterarum obligationem
„usurpari sub alia forma. Nam si quis à
„me mutuari cupiens, ea de re mihi locutus
„sit, egoque ei concesserim, ut mihi cautio-
„nem scriberet, atque is solus me non prae-
„sente cautionem scripserit, in qua dicat:
„Ego mutuatus sum hodierno die ab illo, ea-
„que debeo, sic stipulatio non inserta sit,
„aut inserta etiam inutilis sit, quia hujus-
„modi instrumentum factum est non prae-
„sente creditore. Hinc multo elapso tempo-
„re quaeritur, an conveniri possit, qui dic-
„tam cautionem emisit; et dicimus, neque
„ex obligatione re contracta hanc personam
„conveniri posse, neque enim numeratio fac-
„ta est, neque ex verborum obligatione, quo-
„niam non praesentibus ambabus partibus
„stipulatio facta est, aut nec ulla omnino
„facta est stipulatio. Restat igitur, ex solis
„eum litteris obligari. Et ecce interdum et

„hodie aliquis obligatur litteris. Multum au-
„tem tempus olim quidem intra quinquennium
„constitit: nam post hoc tempus non licebat
„opponere exceptionem non acceptae, i. e.
„non numeratae pecuniae, et dicere creditori:
„proba te numerasse;“

und

L. 4. tit. 13. §. 2. l. s. c. p. 876. et 877.

„Opponitur quoque exceptio in hac specie:
„Rogasti me, ut tibi centum aureos darem
„mutuos: promisi hoc facere: si igitur, pri-
„usquam ego solverem, cautionem tradas:
„ego illam accipiens, promisi postridie solu-
„tionem facere, sed non feci: postea tempus
„praeteriit. Ego sciens, stipulationem esse
„efficacem, condictionem adversus te insti-
„tuo, tanquam ex stipulàtu, propter juris ri-
„gorem: sed quoniam iniquum est, te con-
„demnari, utpote solutione non facta, ex-
„ceptio tibi dabitur, quam JCti vocant pe-
„cuniae non numeratae“

denn darin, daß Theophilus dieser Einrede nur gegenüber von denjenigen Schuld-Verschreibungen, welche sich auf einen Darlehns-Vertrag gründen, erwähnt, liegt sicherlich der größte Beweis, daß sie auch nur auf solche anwendbar ist. Setzt man übrigens mit dieser den ersteren von Pfeiffer bereits erwähnten Grund in Verbindung, und erwägt man weiter, daß bey einem dinglichen, nehmlich dem Hinterlegungs-Vertrag, diese Einrede nach einem ausdrücklichen Gesetz nicht Statt findet; so kann man unmöglich annehmen, daß dieß bloß eine Ausnahme von der Regel seye, sondern vielmehr, daß das Gesetz hier die Regel auf einen bestimmten Fall anwende, und es ergibt sich unbezweifelt der Satz:

„daß die vorliegende Klage und Einrede nur bey „Schuld-Verschreibungen, denen der Darlehns-Vertrag zu Grunde liegt, stattfinde."

§. 6.

So ist nun ferner in den neuesten Zeiten streitig geworden, ob dieses Rechtsmittel als Einrede betrachtet, wirklich Einrede (exceptio) oder bloße verneinende Streit-Einlassung (litis contestatio negativa) seye?

Pfeiffer a. o. a. O. §. 10. S. 133.

behauptet das leztere;

Hansen a. o. a. O. §. 7. S. 62.
Maier l. l. c. §. 7 — 10.

haben ihm beygestimmt; der Grund, den Pfeiffer anführt, ist der: Da die Uebergabe der dargeliehenen Sache allein den Darlehns-Vertrag begründe, die Uebergabe aber eben der n. n. p. excipiens läugne, so stelle sich offenbar diese Einrede als ein reines Abläugnen des Klage-Grunds heraus. Dieß kann ich nun und muß ich als richtig zugeben, allein daraus folgt eben noch nicht das, was Pfeiffer hieraus ableitet. Denn er hat offenbar übersehen, daß die exceptio n. n. p. nicht zunächst gegen den Klage-Grund, sondern gegen das Beweismittel des Klage-Grunds, nehmlich die Schuld-Verschreibung, gerichtet ist, und in Beziehung auf dieses erscheint auch das vorliegende Rechtsmittel wirklich als Einrede, was auch der

Recensent Maiers in den Heidelberger Jahrbüchern Jahrgang 1819. S. 655.

richtig bemerkt hat.

§. 7.

Dieses Rechtsmittel findet nun nach der vorliegenden Untersuchung bey allen Schuld-Verschreibungen,

welche von einem Darlehns-Vertrag herrühren, statt, und es ist ganz gleichgültig, ob der Aussteller die ganze Schuld oder nur einen Theil derselben nicht empfangen zu haben behauptet, denn auch gegen einen Theil des Betrags ist dasselbe gerichtet,

L. 2. L. 9. C. de non num. pec. (4, 30.)

doch da diese beiden Gesetz-Stellen nach der Fabrottischen Uebersetzung der Basiliken noch klarer sind, so will ich diese hier wörtlich anführen. Nach jener hat nehmlich die L. 2. folgenden Sinn:

„Non solum, qui nihil eorum accepit, quo-
„rum nomine cautionem interposuit, excep-
„tionem non numeratae pecuniae opponere
„poterit; sed et qui minorem pecuniam ac-
„cepit, et majoris cautionem dedit.“

Die L. 9. aber

„Qui minorem pecuniam accepit, et ma-
„joris cautionem exposuit, majori quantitati
„exceptionem n. n. p. recte opponit etc.“

§. 8.

Es findet aber dieses Rechtsmittel nicht Statt,

1) wenn der Aussteller einen Theil der Schuld oder die Zinse —

L. 4. C. de n. n. pecunia (4, 30.)

diesem nach also auch nimmer, wenn er die ganze Schuld bereits bezahlt hat, denn dieß wird als stillschweigende Entsagung auf diese Einrede angesehen;

2) bey den einem Argentarius ausgestellten Schuld-Verschreibungen;

Nov. 136. cap. 5.

3) wenn Jemand an die Stelle des ursprünglichen Entlehners sich verbindlich gemacht hatte.

L. 6. C. de n. n. p. (4, 30.)

4) wenn sich der Schuldschein nicht auf einen Darlehns-, sondern auf einen andern in demselben ausgedrückten Vertrag gründet.

L. 5. C. de n. n. p. (4, 30.)

„Ignorare autem non debes, non numera-
„tae pecuniae exceptionem ibi locum habere,
„ubi quasi credita pecunia petitur. Cum au-
„tem ex praecedente causa debiti in chiro-
„graphum quantitas redigitur, non requiri-
„tur, an tunc, cum cavebatur, numerata
„sit, sed an justa causa debiti praecesserit;“

welche Stelle nach der Fabrottischen Uebersetzung der Basiliken also lautet:

„Exceptio n. n. p. chirographo tunc oppo-
„nitur, cum ita sit, quasi numeratio secuta
„sit. Cum autem in chirographo velut ex
„praecedente causa debitum promittitur, non
„requirimus, an tunc, cum emissum est, pe-
„cunia numerata sit, sed an ab initio debi-
„tor fuerit, qui cavit.“

L. 13. C. h. t.

„Generaliter sancimus, ut si quid scriptis
„cautum fuerit, pro quibuscunque pecuniis
„ex antecedente causa descendentibus, eam-
„que causam specialiter promissor edixerit,
„non jam ei licentia sit causae probationem
„stipulatorem exigere, cum suis confessioni-
„bus acquiescere debeat: nisi certe ipse e con-
„trario per apertissima rerum argumenta
„scriptis inserta, religionem judicis possit
„instruere, quod in alium quenquam modum,

„et non in eum, quem cautio perhibet, ne-
„gotium subsecutum sit.“

Von dieser Stelle enthalten nun die Basiliken folgende Nutzanwendung:

„Constitutio vult, ut qui causas edixit in
„confessione sua, propter quas debitum con-
„traxit, probationibus oneretur, quod, cum
„nihil deberet, chirographum conscripserit.“

Als Erläuterung beider mag aber folgende Stelle dienen, welche namentlich die except. n. n. p. bey Schuld-Verschreibungen, die sich auf einen Vergleich gründen, ausschließt.

L. 11. C. de n. n. p. (4, 30.)

„Si transactionis causa dare Palladio pecu-
„niam stipulanti spopondisti exceptione non
„numeratae pecuniae defendi non potes;“

Daß nehmlich hier der Ausdruck „*causa debitum praecedens*“ nichts anderes als eine solche Verbindlichkeit, die schon vor und unabhängig von der wirklichen Zahlung (numeratio et datio) bestand, bedeute, darüber sind

Donellus in Comment. ad leges citatas. Glück a. a. O. §. 786. 12r. Thl. S. 107. Hansen a. o. a. O. §. 8. S. 64. Höpfner, Institutionen-Commentar §. 881. Anmerk. d. 7. Aufl. S. 904. Maier l. l. c. p. 46. seqq. Pfeiffer a. o. a. O. §. 14. S. 144.

einig, nur

Meurer a. o. a. O. §. 34. S. 55. Overbeck, Meditationen über verschiedene Rechts-Materien, 5r. Bd. Medit. 273. Thibaut, System des Pandecten-Rechts, §. 1180. 3r. Thl. S. 101. Zanger, tract. de except. Part. III. cap. 14. nro. 38. p. 589.

wollen diesen Stellen den Sinn beylegen, als ob derjenige, der eine Schuld-Verschreibung erst nach erhaltenem Darleihen ausgestellt habe, z. B. wenn einer

Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden, S. 10 — 51.) Vinnius, Quaest. juris sel. cap. 41. Tom. I. p. m. 56. Walch, Controv. J. C. Ed. II. p. 360. Westenberg, Pr. J. L. 12. tit. 1. §. 59. Tom. I. p. 532.

behaupten, daß sich diese Einrede nach Verfluß der zweyjährigen Frist durchaus verjähre, und dem Aussteller überall nimmer zustehe. Andere aber

v. Braun Abhandlung, ob es eine bloß eingebildete Billigkeit seye, wenn die Rechtsgelehrten den Beklagten nach zwey Jahren noch mit der Ausflucht des nicht bezahlten Geldes zulassen? in Siebenkees juristischem Magazin, 1r. Band, S. 210. Carpzov, Def. Jur. for. Const. 32. Def. 66. p. 294. Cocceji, Controv. J. C. L. 12 tit. 1. Qu. 19. Tom. I. p. 609. Glück a. a. O. §. 788. 12r. Thl. S. 171. Hoffacker, Pr. J. C. R. G. §. 2048. Tom. III. p. 292. Kochy, Meditationen über die interessantesten Gegenstände des Civil-Rechts, 8te Bett. 1r. Band, S. 151. ff. Lauterbach, Colleg. theoret. pract. L. 12. tit. 1. §. 81. Tom. I. p. 765. Mevius Decisiones, part. II. Decis. 22. p. 106 part. IV. Decis. 266. p. 472. Menochius de praesumtionibus, L. 3. praes. 145. p. 522. Meurer a. o. a. O. 3tes Kap. S. 60 — 68. Perez, Comment. in Cod. L. 4. tit. 30. §. 15. Tom. I. p. 282. Puffendorff, Observat. juris universi, Observ. 54. §. 3. Tom. I. p. 167. Struv, Syntagma Juris Civilis, L. 12. tit. 1. §. 50. Tom. I. p. 1036. Schweppe, Römisches Priv.Recht, 2te Aufl. §. 452. S. 282. Thibaut, System des Pandecten-Rechts, §. 1180. 5te Aufl. 3r. Thl. S. 101. (welcher jedoch auch zugleich den Beweis des bösen Glaubens von dem Aussteller fordert). Voët, Comment. in Dig. L. 12. tit. 1. §. 33. Tom. III. p. 18. Weber, von gerichtlichen Klagen und Einreden, 9te Abh. 1. Heft, S. 91 — 96.

behaupten, theils, daß diese Einrede schon nach dem Römischen Recht, theils, daß sie wenigstens nach heu-

tigem Recht, jedoch mit der Ueberwälzung der Beweislast auf den Aussteller auch nach Verfluß der zwey Jahre fortdaure.

§. 11.

Bey dieser Meinungs-Verschiedenheit ist nun offenbar eine Untersuchung: welche derselben die richtige seye? wenigstens nichts Ueberflüssiges. Die Gründe derjenigen, welche behaupten, daß schon nach Römischem Recht diese Einrede, jedoch mit Ueberwälzung der Beweislast auf den Aussteller, auch nach Verfluß der zwey Jahre noch statt gefunden habe, sind in der That sehr schwach. Meurer, welcher hier nicht mit Gesetzstellen, sondern mit bloßem Raisonnement streitet, hat bereits Pfeiffer widerlegt und gezeigt, daß seine Schlüsse nichts als Trugschlüsse seyen; dagegen aber will Köchy den Beweis dafür in der

L. 1. C. Hermogeniani de cauta et non numerata pecunia (in Schulting. Jurispr. Antejustin. p. 709.)

und in der

L. 1. C. Theodos. si certum petatur de Chirographis (2, 27.)

gefunden haben.

Die erste Stelle lautet nun, wie folgt:

„Ex cautione“ (daß statt diesen Worten „*exceptionem*“ hier stehen müsse, hat bereits die Holländische, Pariser-, und Genfer-Ausgabe bemerkt), „non numeratae pecuniae non anni, sed „quinquennii spatio deficere, nuper censui„mus.“

Die letztere aber lautet, in so weit sie hieher gehört, wie folgt:

„Sin vero suam quidem manum fateatur ob„noxius, sed nihil sibi numeratum pro hac „obligatione causetur, tunc *chirographi dis-*

„cuti oportebit aetatem, ut si jure delata
„contestationibus tempora debitor tacitur-
„nus exegit, cavillationis istius perdat ob-
„staculum.“

Was nun diese beiden Stellen für die vorliegende Meinung beweisen sollen, sehe ich wahrhaftig nicht ein, ja ich finde vielmehr in der letzteren den klaren Beweis für die entgegengesetzte; allein für diese finden sich auch die klarsten Beweise in den verschiedenen Stellen der Institutionen und des Codex.

§. un. J. de litterarum obligatione (3, 21.)

bemerkt Justinian:

„ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio
„minime opponatur;“

und Theophilus hat in seiner Paraphrase

Ed. Reitz, p. 672.

nach der Reitzischen Uebersetzung noch folgenden Nachsatz:

„Itaque intra hoc tempus hujusmodi exceptio
„recte opponetur, post biennium autem *ne-*
„quaquam.“

Die L. 8. C. de non num. pec. (4, 30.) enthält folgende sehr sprechende Worte:

„Sin vero legitimum tempus excessit, in que-
„rimoniam creditore minime deducto, *omni-*
„modo haeres ejus, etiamsi pupillus sit, de-
„bitum solvere compellitur.“

und in der L. 14. C. ej. tit. drückt sich Justinian sehr deutlich auf folgende Art aus:

„sed intra solum biennium continuum, ut eo
„elapso nullo modo querela non numeratae
„pecuniae introduci possit.“

Nach diesen ganz klaren Gesetzstellen bin ich nun auch vollkommen überzeugt, daß nach dem Römischen

4 *

Recht diese Einrede nach Verfluß der zweyjährigen Frist durchaus und unter keiner Bedingung mehr Statt fand.

§. 12.

Eine andere Frage aber ist offenbar: ob nicht wenigstens nach heutigem Recht diese Einrede nach Verfluß der zweyjährigen Frist noch, jedoch mit Ueberwälzung der Beweislast auf den Aussteller, fortdaure? und diese Frage glaube ich bejahen zu müssen, nur möchte ich den Grund meiner Bejahung nicht in der Verordnung des Canonischen Rechts, und darin, daß letzteres auch bey der erlöschenden Verjährung überall guten Glauben (bonam fidem) fordere, welche Meinung überhaupt an und für sich unrichtig ist,

vgl. Pfeiffer a. a. O. 8ter Aufsatz S. 342—372.

suchen, wo ihn übrigens die meisten Anhänger dieser Meinung gesucht haben, sondern ich möchte ihn vielmehr darin finden, daß der Grund, warum nach dem Römischen Recht diese Einrede nach Verfluß der zweyjährigen Frist durchaus nimmer stattfand, bey uns wegfällt. — Dieser Grund ist nehmlich offenbar der, weil das Römische Recht eine sogenannte litterarum obligatio, d. h. eine Verbindlichkeit, welche durch das bloße Ausstellen eines Schuldscheins ohne Berücksichtigung des Grunds der Schuldigkeit — einen Litteral-Contract, einen Vertrag — der durch die Ausstellung oder Unterzeichnung einer Schuld-Verschreibung seinen Rechts-Bestand erhielt, kannte, und es nach Verfluß dieser Frist also durchaus nimmer darauf ankam, ob der Aussteller das Geld erhalten hatte, indem er jetzt ex litteris, d. h. vermög der bloßen Ausstellung oder Unterzeichnung seiner Handschrift verbindlich war. Daß nun ein solcher Litteral-, oder wie mehrere Rechts-Ge-

lehrten den von Justinian statt der alten litterarum obligatio erfundenen neuen nannten — ein solcher contractus chirographarius der Grund seye, welchem überhaupt dieses Rechtsmittel seine Entstehung zu verdanken habe, haben schon die älteren Rechts-Gelehrten einstimmig behauptet. Diesem Justinianeischen Litteral-Contract hat zwar

Meurer a. v. a. O. 3ter Aufsatz S. 99 — 112.

im Jahr 1780. eine Leichen-Rede gehalten, und am Schlusse derselben bemerkt:

„Als man aber demunerachtet auf gewiße Veranlas-
„sungen anfieng, die Geschichte seiner Geburt aufs
„genaueste zu untersuchen, so starb er aus Gram
„darüber eines hectischen Todes, und wird in zehen
„Jahren vergessen seyn."

Allein wie ein Phönix ist dieser wieder aus seinem Grabe entstanden, und lebt jetzt noch im Andenken sehr berühmter Rechts-Gelehrten, worüber

Glück a. o. a. O. 12r. Thl. §. 786. S. 132. Hugo's Rechts-Geschichte, 6te Aufl. §. 406. S. 682. §. 429. S. 725. Dabelow, Handbuch des Pandecten-Rechts, 1r. Thl. S. 362.

nachzusehen sind.

Daß aber eine solche litterarum obligatio wirklich bestand, daß auch wirklich diese keine bloße Erdichtung war und ist, davon mag sich wohl Jeder aus dem

§. un. J. de litterarum obligatione (3, 22.)

überzeugen; wem aber diese Stelle nicht überzeugend genug ist, für diesen möchte doch wohl eine Stelle aus der Paraphrase des Theophilus

Ed. Reitz p. 671.

überzeugend seyn, welche nach der Reitzischen Uebersetzung also lautet:

„Sed haec“ (nehmlich die alte litterarum obligatio, von welcher sich auch eine solche dunkle Stelle in Cajus Inst. L. 2. tit. 9. §. 12. [Schulting. Jurisprud. Antejustin. p. 160 — 164.] findet), „hodie non sunt in usu. Invenire tamen licet, si quis curatius consideret, *et hodie „litterarum obligationem usurpari sub alia „forma.* Nam si quis a me mutuari cupiens, „ea de re mihi locutus sit, egoque ei concesserim, ut mihi cautionem scriberet; atque „is solus me non praesente cautionem scripserit, in qua dicat: Ego mutuatus sum hodierno die ab illo, eaque debeo, sed stipulatio non inserta sit, aut inserta etiam inutilis sit, quia hujusmodi instrumentum factum est non praesente creditore. Hinc „multo elapso tempore quaeritur, an conveniri possit, qui dictam cautionem emisit; „et dicimus, neque ex obligatione re contracta hanc personam conveniri posse; neque enim numeratio facta est; neque ex „verborum obligatione, quoniam non praesentibus ambabus partibus stipulatio facta „est, aut nec ulla omnino facta est sipulatio. „*Restat igitur, ex solis eum litteris obligari. „Et ecce interdum et hodie aliquis obligatur litteris.*“

und nun geht er auf die exceptio n. n. p. über. — Eben dieser Litteral-Contract aber ist es, den das heutige Recht seiner Spitzfindigkeit halber niemals sich angeeignet hat, und in der entschiedenen Abneigung des heutigen Rechts und des heutigen Gerichtsbrauchs gegen diese von der natürlichen Billigkeit abweichende

Spitzfindigkeit des Römischen Rechts suche ich den mir sehr einleuchtenden von

Pfeiffer a. o. a. O. §. 20. S. 178.

bereits berührten Grund, der heutigen Anwendbarkeit dieser Einrede auch nach Verfluß der zweyjährigen Frist, jedoch mit Ueberwälzung der Beweislast auf den Aussteller der Schuld-Verschreibung.

§. 13.

Allein darüber: ob der Aussteller statt Beweises dem Inhaber der Schuld-Verschreibung den Eid zuschieben könne? sind die Rechts-Gelehrten wieder verschiedener Meinung. Der bejahenden sind

Bülow und Hagemann, practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechts-Gelehrsamkeit, 1r. Thl. 2te Erörterung §. 3. Höpfner, Institutionen-Commentar §. 858. Anmerk. 7. S. 911. Weber, Erläuterung der Pandecten, §. 788. 1r. Thl. S. 381.

Der verneinenden aber sind

Cocceji, Jus Civile Controv. L. 12. tit. 1. qu. 29. Tom I. p. 609. Glück a. o. a. O. §. 788. 12r. Bd. S. 172 — 174. Hoffacker, P. J. C. R. G. §. 2048. not. a. Tom. III. p. 293. Lauterbach, Tract. Synopt. de quer. non num. pec. §. 22. p. 40. Leyser, Medit. ad Pand. Spec. 132. Med. 9. Coroll. 3. Vol. II. p 656. Maier, l. s. c. p. 74. Malblanc, P. J. R. §. 469. Tom. II. p. 296. Meurer a. o. a. O. §. 70. S. 88. Mevius Decisiones, Part. 9. Dec. 73. Tom. II. p. 457. Perez, Comment. in Cod. L. 4. tit. 30. §. 16. Tom. I. p. 282. Puffendorf, Observ. Jur. Univ. Observ. 44. §. 3. 7. Tom. I. p. 167. 169. Stryck, Usus Modernus Pand. L. 12. tit. 1. §. 15. p. m. 271. Voët, L. 12. tit. 1. §. 34. Tom. III. p. 20. et 21.

§. 14.

Der letztern Meinung trete ich nun auch mit aller Ueberzeugung bey. Als Grund hiefür möchte ich zwar nicht, was von Mehreren geschehen, die

L. 14. §. 3. C. de n. n. p. (4, 30.) und die Nov. 136. cap. 6.

allein anführen, denn da, wie oben gezeigt worden, das Römische Recht seines eigenthümlichen Litteral-Contracts halber nach Verfluß der zweyjährigen Frist diese Einrede gar nimmer zuließ, so kann diese Stelle nur den Sinn haben, daß überhaupt alle Beweismittel, auch der Eid, ausgeschlossen seyn sollen, was schon

Pfeiffer a. a. O. §. 19. S. 176.

ganz richtig bemerkt hat. Allein es liegen demunerachtet zwey bündige Gründe vor:

Den ersten derselben bietet die Natur der Sache an die Hand. Offenbar liefert nehmlich nach Verfluß der zweyjährigen Frist die Schuld-Verschreibung vollen Beweis; nun hat aber noch kein Proceß-Lehrer behauptet, daß wo voller Beweis vorliege, Gegen-Beweis durch Eides-Zuschiebung geführt werden könne, vielmehr behaupten Alle das Gegentheil.

2) Aber lassen sich für diese Behauptung ganz unzweydeutige Gesetzstellen anführen. Es verordnet nehmlich beynahe gleichlautend mit der obigen Stelle im Allgemeinen die

L. 25. §. 4. D. de probat. (22, 3.)

„Si ipse specialiter, qui cautionem exposuit, „causas explanavit, pro quibus eandem con„scripsit;" (denn ohne diese explanatio causarum beweist die Urkunde nach dem Eingang der L. 24. §. 4. D. de probat. als ein documentum indiscretum nichts), „tunc stare eum oportet „suae confessioni, *nisi evidentissimis pro-*

„*bationibus in scriptis habitis* ostendere „paratus sit, sese haec indebite promisisse;“ und nur Justinian ließ zum Beweis des von dem Aussteller der Urkunde behaupteten „*alibi*“ nehmlich des That-Umstandes, daß bey Errichtung einer Urkunde, bey welcher ihrem Inhalt nach der Aussteller sowohl, als derjenige, dem sie ausgestellt worden, zugegen seyn müßte, einer oder der andere nicht anwesend gewesen sey, durchaus unverwerfliche Zeugen, testes undique idoneos et omni exceptione majores zu.

L. 14. C. de contrah. vel committ. stipulat. (8, 38.)

worin also ein offenbar unumstößlicher Beweis für unsere Meinung liegt; wie auch

> Glück a. a. O. §. 833. 13r. Thl. S. 122. §. 1145 — 1156. 21r. Thl. S. 389. ff. und Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Processes, 2r. Band, 46te Abh. §. 12. S. 376. u. 377.

ganz richtig bemerkt haben. Aus den nehmlichen Gründen kann aber auch bey unvollständigem Beweise weder auf einen Ergänzungs-, noch Reinigungs-Eid erkannt werden.

§. 15.

Endlich findet dieses Rechtsmittel bey allen Arten von Bescheinungen, nur die Bescheinungen öffentlicher Verwalter für die von ihnen Amts halber eingenommenen Gelder ausgenommen, statt. Es verjährt sich aber hier innerhalb 30 Tagen,

L. 14. §. 1. et 2. C. de n. n. p. (4, 30.)

Die Frage übrigens: ob jedoch mit Ueberwälzung der Beweislast auf den Aussteller dieses Rechtsmittel als Einrede auch nach Verfluß der 30tägigen Frist fortdaure, und ob in diesem Fall die Eides-Zuschiebung

die Stelle des Beweises vertreten könne? muß ganz nach den obigen Grundsätzen beurtheilt werden.

§. 16.

Der französische
Code civil. Liv. III. tit. 10. Ed. stereotype p. 337 — 340.
das österreichische Gesetzbuch,
die Ausgabe mit dem Zeillerischen Commentar, §. 1001. 3r. Band, S. 262. u. 594.
und das preussische Gesetzbuch
1r. Thl. Tit. 11. §. 732. u. 733.
kennen dieses Rechtsmittel nicht. Nach ihnen beweist die Schuld-Verschreibung sogleich; Gegen-Beweis ist übrigens nicht abgeschnitten. Das baierische Gesetzbuch aber läßt dieses Rechtsmittel bey allen Verschreibungen mit Ausnahme der aus dem Hinterlegungs-, Vergleichs-, Schenkungs-, Kauf-, Tausch-, Mieth-, Bürgschafts-Vertrag, und letzten Willen entstandenen zu. Auch nach Verfluß der zweyjährigen Frist läßt es als Einrede dieses Rechtsmittel noch — jedoch mit Ueberwälzung der Beweislast auf den Aussteller — zu, und schließt Vermuthungen und Eideszuschiebung, als Beweismittel, aus.

Codex Maximil. Bavaricus, part. IV., cap. 11. §. 3 — 8. p. 506 — 508.

X. Aufsatz.

Nähere Beleuchtung des Brocardicon: Omne juramentum servandum est, quod salva salute aeterna servari potest, nec vergit in praejudicium tertii.

In wie weit der Eid einem an und für sich unverbindlichen Rechts-Geschäft Rechts-Kraft beyzulegen vermöge, darüber wollen wir erst dasjenige vernehmen, was ausdrückliche Gesetze verordnen: Es verordnet nehmlich

1) das Römische Recht

L. 1. C. si advers. vend. (2, 28.)

„Si minor annis XXV. emtori praedii ca-„visti nullum de caetero te esse controversiam „facturum, idque etiam juramento corpora-„liter praestito servare confirmasti, neque „perfidiae neque perjurii me auctorem (tibi) „futurum sperare debuisti."

2) die sogenannte

Nova constitutio Friederici ad h. l.

„Sacramenta puberum sponte facta super „contractibus rerum suarum non retractan-„dis inviolabiliter custodiantur. Per vim au-„tem, vel per justum metum extorta etiam „à majoribus (maxime ne querimoniam ma-„leficiorum commissorum faciant), nullius „esse momenti jubemus."

3) das Canonische Recht:

a) in dem

cap. 28. X. de jurejurando (2, 24.)

„Cum contingat interdum, quod constante „matrimonio mulieres alienationibus super

„rebus dotalibus et donationibus propter nup-
„tiars consentiant, ne ulterius contraveniant
„proprio sacramento firmando, ac soluto
„processu temporis matrimonio contravenire
„nitantur. Nos autem f. t. respondemus, quod
„etsi mulierum consensus in talibus non vi-
„deatur obligatorius secundum legitimas sanc-
„tiones, ne tali tamen praetextu viam con-
„tingat perjuriis aperiri: mulieres ipsae ser-
„vare debent hujusmodi juramenta, sine vi
„et dolo sponte praestita, cum in alterius
„praejudicium non redundent, nec observa-
„ta vergant in dispendium salutis aeternae.“

b) in dem

cap. 2. de pactis in 6to (1, 18.)

„Quamvis pactum patrifactum à filia, dum
„nuptui tradebatur, ut dote contenta nullum
„ad bona paterna regressum haberet, impro-
„bet lex civilis: si tamen juramento, non vi
„nec dolo praestito, firmatum fuerit, ab ea-
„dem omnimodo servari debebit, cum non
„vergat in aeternae salutis dispendium, nec
„redundet in alterius detrimentum.“

Aus diesen Gesetzstellen hat man nun das in der Aufschrift erwähnte Brocardicon gebildet, dessen genaue Untersuchung und nähere Beleuchtung der Zweck gegenwärtiger Betrachtung ist. Was nun das Römische Recht betrifft, so verordnet dieß bloß, daß eine Einrede, welche dem Minderjährigen zu statten gekommen wäre, deßwegen nicht stattfinde, weil er eidlich darauf verzichtet habe; einen ganz ähnlichen Sinn hat auch die Nova Const. Friderici. Weiter allerdings aber geht das Canonische Recht, denn dieses behauptet in zwey verschiedenen Fällen, daß auch ein nichti-

ges Rechts-Geschäft in dem Fall verbindlich werde, wenn dasselbe durch einen Eid, welcher weder moralisch (dolo) noch physisch (vi) erzwungen worden, bestärkt worden, — als Grund in den beiden von ihm berührten Fällen aber führt es an, weil das Seelen-Heil und die Rechte Dritter hiebey nicht gefährdet werden. Es entsteht nun hier vorerst die Frage:

„Vermag der Eid einem an und für sich nichtigen „Rechts-Geschäft Rechts-Kraft beyzulegen?"

Bey Beantwortung dieser Frage ist nun eine genaue Untersuchung der verschiedenen Beziehungen der Nichtigkeit nothwendig. Ein Rechts-Geschäft kann nehmlich einmal an und für sich (absolute) oder nach allen Beziehungen nichtig seyn, z. B. der Verkauf eines liegenden Guts an Ausländer nach Würtembergischem Rechte, oder nur in Beziehung auf einen Dritten, z. B. der Verkauf eines Lehens ohne Einwilligung des Lehensherrn, oder endlich nur in Beziehung auf Einen der vertragenden Theile. Im ersten Falle besteht das Rechts-Geschäft überall nicht; im zweyten Falle kann es offenbar bestehen, wenn der dritte hiebey Betheiligte es bestehen lassen will; und im dritten Falle besteht es, wenn der vertragende Theil, gegenüber von welchem es allein nichtig ist, es bestehen lassen will. Denn wer kann z. B. einer verheiratheten Frau, deren Mann den fundum dotalem, dessen Veräusserung nach Römischem Recht nichtig ist, veräusserte, nöthigen, diese als nichtig anzufechten, wenn sie sie bestehen lassen will. Man sieht also bey genauer Untersuchung deutlich, daß sich die Nichtigkeit in die unbedingte absolute und unheilbare, wie ich sie nennen möchte, und in die bedingte relative oder heilbare eintheile. Jene hat überall unveräusserliche, diese nur veräusserliche Rechte zum Ge-

genstand. Auch unterscheidet sich die unbedingte Nichtigkeit von der bedingten dadurch, daß erstere ein von ihr bedingtes Rechts-Geschäft niemals, letztere aber, wenn die Bedingung der Nichtigkeit wegfällt, ins Leben treten läßt.

Klar und deutlich erhellt also nun, daß beiderley Arten von Nichtigkeiten durchaus nicht nach gleichem Maaßstab behandelt werden können; klar und deutlich erhellt ferner, daß auch die bedingte Nichtigkeit, in so ferne sie nehmlich es in Beziehung auf einen Dritten ist, sich wieder von der, welche es nur gegenüber von einem vertragenden Theil ist, merklich unterscheidet. Wenden wir nun aber diese Sätze auf unsere vorliegende Gesetzstelle an, so erhalten wir den Erfund: daß der Eid einem unbedingt oder in Beziehung auf einen Dritten nichtigen Rechts-Geschäft niemals, wohl aber einem, welches bloß in Beziehung auf den Schwörenden nichtig ist, Rechts-Kraft beylege; und diesen Sinn haben auch

Guiliel. Barclajus, ad tit. Pand. de jurejurando, cap. 3. (in Ottonis Thesauro juris, Tom. III. p. 916. seqq.) Boehmer, Jus Eccles. Protestant. L. 2. tit. 24. §. 24 — 33. Tom. I. p. 1180 — 1186. Volley in der Lehre von öffentlichen Unterpfändern, §. 68. S. 141. Carpzov, Def. juris forensis, Part. II. C. 15. Def. 1. nro. 11. et 12. Dabelow, Handbuch des Pandecten-Rechts, 1r. Thl. S. 499. (anderer Meinung war er in seinem System des Civil-Rechts, §. 476. 1r. Thl. S. 236.) Gmelin, im Anhang zu seiner Ordnung der Gläubiger, §. 9. S. 713. Griesinger in seinem Commentar über das Würtemb. Land-Recht, 4r. Thl. §. 278. S. 1181. Ludovici de genuino intellectu brocardici vulgaris, omne juramentum servandum esse, quod salva salute aeterna servari potest. Halae 1705. Pfitzer, Rechte der Weiber, 2r. Thl. §. 25. S. 39. u. 40. Schweppe,

Römisches Priv.Recht, §. 129. S. 76. Struben's rechtliche Bedenken, 1r. Band, 24. Bedenken, S. 62 — 64.

Dagegen aber behaupten die

Cons. Tub. Cons. 221. nro. 9. Tom. III. p. 300. Hofacker, Pr. J. C. R. G. §. 713, Tom. I. p. 555. Malblanc, Doct. de jurejurando, §. 118. et 119. Ed. II. p. 348. seqq. Weber, Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 123. S. 542. ff. Wiese, Handbuch des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchen-Rechts, 2r. Thl. §. 167. S. 196 — 200.

daß diese Behauptung reiner canonischer Unsinn seye, ja selbst der Eid nicht einmal eine rechtskräftige Entsagung der Einrede bewirke, die vorliegenden Gesetzstellen auch nur auf die einzelnen in denselben enthaltenen Fälle als reine Ausnahmen zu beschränken seyen. Allein diese letztere Ansicht vermag ich nicht zu theilen, weil sie dem Begriff des Eides widerspricht. Wer frey physisch und moralisch ungezwungen, d. h. weder genöthigt noch überlistet, schwört, der mag die Folgen seines Eides tragen; Folgen für Andere kann er natürlich nicht herbeyführen, allein sein Zeitliches aufs Spiel des Ewigen gesetztes Gut muß er verlieren, und der Staat vermag ihm der hohen Irreligiosität halber nicht einmal die Wahl zu lassen. Ja gerade alle die Folgen, welche Weber a. o. a. O. bey dem entgegengesetzten Falle eintreten läßt, würden sicher eintreten, wenn der Staat den Eid zum Spiel der Partheyen herabwürdigte. Ganz dem Begriff des Eides ist daher auch diejenige Meinung angemessen, welche Nichtigkeiten, die bloß gegenüber von dem Schwörenden es sind, durch den Eid aufheben, und Einreden, welche bloß den Schwörenden betreffen, durch denselben zernichten läßt. Allein die Anwendung dieses Satzes auf einzelne Fälle

möchte wieder Schwierigkeiten unterliegen. Es tritt hier nehmlich in einzeln vorkommenden Fällen die Frage ein: unter welche Art von Nichtigkeit eine gegebene gehöre? Aber auch hier läßt sich wieder die Sache auf ganz einfache Grundsätze zurückführen. Man merke sich folgende Regel: Unbedingte Nichtigkeit findet überall da statt:

a) wo die Gesetze des Staats neben der Nichtigkeits-Erklärung noch eine Strafe für einen gewißen Fall bestimmt haben; in allen diesen Fällen wirkt der Eid nichts, ja selbst das nichtig Gegebene kann eben deßwegen zurückgefordert werden; z. B. wucherliche Zinse, Spiel-Schulden rc.

b) wenn das nichtige Rechts-Geschäft eine persönliche Eigenschaft des Schwörenden als wesentlich voraussetzt, welche die Natur oder die Gesetze des Staats ihm bestimmt versagt haben; z. B. die Ehe eines Zeugungs-unfähigen oder die Annahme an Kindesstatt eines solchen, oder die Erb-Einsetzung eines Unfähigen.

c) Der unbedingten Nichtigkeit ist die bedingte aus dem Rechte Dritter entspringender in dem Fall gleich zu achten, wenn diese auf Nichtigkeits-Erklärung dringen; z. B. bey einem unförmlichen letzten Willen, wo die gesetzlichen Erben betheiligt, oder bey Erwerbung eines öffentlichen Pfand-Rechts, wo die übrigen Pfand-Gläubiger bey einem Gant betheiligt sind.

Nach diesen Regeln läßt sich nun auch die Frage: „In wie ferne der Eid den Mangel der Form ersetze?“ leicht beantworten. Denn wenn die Form zugleich mit einer Straf-Verordnung verbunden ist, so tritt hier offenbar unheilbare Nichtigkeit ihres öffentlichen Interesse halber ein. Betrifft die Form die Rechte Dritter, z. B. bey einem Testament, so gilt hier das Nehmliche,

wenn die gesetzlichen Erben auf Vernichtung desselben wegen Mangel an Form dringen, in jedem andern Falle aber ersetzt der Eid den Mangel der Formen.

Daß endlich auch Einreden, welche Jemand zustehen, eidlich entsagt werden könne, daran wird wohl Niemand zweifeln, nur müssen diese Einreden auch wieder rein den Schwörenden betreffen; inzwischen bietet das Römische Recht eine Ausnahme in der

L. 16. C. de non num. pec. (4, 30.)

nach welcher die Einrede des nicht dargeliehenen Geldes durch den Eid nicht entkräftet wird; allein diese Ausnahme, von welcher bereits im vorigen Aufsatz das Nöthige bemerkt worden, müssen wir auch als Ausnahme betrachten.

XI. Aufsatz.

Ueber die Zeit des Anfalls der auf einen ungewißen Tag ausgesetzten Vermächtnisse und Fideicommisse (quando dies legati vel fideicommissi in diem incertum relicti cedat?)

(Gegen und zur Beleuchtung der Lehre des Averanius Interpret. juris, L. 2. cap. 16. Ed. 3. Tom. I. p. 501. seqq. Hoffacker, Pr. J. C. R. G. §. 1598. Tom. II. p. 724. und Thibaut, System des Pandecten-Rechts, §. 790. 4te Aufl. 2r. Band, S. 205.)

Die

L. 75. D. de condit. et demonstrat. (35, 1.)

enthält folgende Bestimmung:

„Dies incertus conditionem in testamento „facit.“

Den Sinn dieser Gesetzstelle, daß nehmlich in einem letzten Willen ein ungewißer Tag gleich einer Bedingung anzusehen sey, hat noch kein Rechtsgelehrter in Abrede gezogen. Nun verordnet aber die

L. 5. §. 2. D. quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat (36, 2.)

„Sed si sub conditione sit legatum relic„tum, non prius dies legati cedit, quam con„ditio fuerit impleta.“

Auch diese Regel erkennen die Rechtsgelehrten einstimmig an, und die Ausnahmen hievon, welche die §§. 3 — 5. enthalten, haben auf den „dies incertus“ keinen Bezug. Die Zusammenstellung beider obigen Gesetzstellen führt also zu der natürlichen Schlußfolge, daß Vermächtnisse und Fideicommisse, welche auf einen ungewißen Tag ausgesetzt sind, in so lange nicht als angefallen betrachtet werden können, bis der ungewiße Tag erschienen ist. Diese Schlußfolge ist gleichfalls unbestritten, allein in der Bestimmung des Begriffes eines ungewißen Tages findet man bey den Rechtsgelehrten Bestimmungen, welche von denen der Gesetze sehr abweichen. — Wir wollen uns an die letzteren halten, und auf dem dunkeln Pfade nur ihr Licht — froh, daß in dieser Lehre uns ein solches leuchtet, vorleuchten lassen. Ein gewißer Tag ist nehmlich ein solcher, der entweder an und für sich bestimmt ist, oder den wenigstens der Vermächtniß- oder Fideicommiß-Nehmer einmal erleben muß. Ist der Tag an und für sich bestimmt, ist also derselbe entweder ausdrücklich benannt, oder ist er wenigstens in so ferne bestimmt, als ihn die Berechnung des Lebens-Alters eines gewißen Menschen an die Hand gibt, z. B. wenn er

sein 16tes oder 25stes Jahr zurückgelegt hat, so kommt es nicht darauf an, ob der Vermächtnißnehmer oder Fideicommiß-Erbe denselben erlebt. Das Vermächtniß oder Fideicommiß ist hier kein Bedingtes, und sein Anfall also hängt nicht von jenem Tage ab, desgleichen ist es kein bedingtes Vermächtniß oder Fidei-Commiß, wenn dasselbe bloß von dem Todestage des Vermächtnißnehmers oder Fideicommiß-Erben abhängt, indem er diesen, wie jeder Mensch seinen Todestag, ganz sicher erlebt; die Belege für diese Sätze liegen in folgenden klaren Gesetzstellen:

L. 79. pr. D. de condit. et demonstrat. (35, 2.)

„Haeres meus, cum morietur Titius, cen„tum ei dato purum legatum est, quia non „conditione, sed mora suspenditur, non po„test enim non conditio existere."

L. 46. D. ad SCtum Trebellian. (36, 2.)

„Sejus Saturninus archigubernus ex classe „Britannica testamento fiduciarium reliquit „haeredem Valerium Maximum trierarchum: „à quo petit, ut filio suo Oceano, cum ad „annos XVI. pervenisset, haereditatem resti„tueret: Sejus Oceanus, antequam impleret „annos, defunctus est; nunc Mallius Seneca, „qui se avunculum Seji Oceani dicit, proxi„mitatis nomine, haec bona petit: Maximus „autem trierarchus sibi ea vindicat ideo, „quia defunctus est is, cui restituere jussus „erat. Quaero ergo, utrum haec bona ad „Valerium Maximum trierarchum haeredem „fiduciarium pertineant, an ad Mallium Se„necam, qui se pueri defuncti avunculum „esse dicit? Respondi, si Sejus Oceanus, „cui fideicommissa haereditas ex testamento

„Seji Saturnini, cum annos XVI. haberet, „à Valerio Maximo fiduciario haerede restitui „debeat, priusquam praefinitum tempus im- „pleret, decessit, fiduciaria haereditas ad eum „pertinet, ad quem cetera bona Oceani per- „tinuerint, quoniam dies fideicommissi vivo „Oceano cessit: scilicet, si prorogando tem- „pus solutionis, tutelam magis haeredi fidu- „ciario permisisse, quam incertum diem fidei- „commissi constituisse videatur."

L. 4. §. 1. D. quando dies legati vel fideicommissi cedat (36, 2.)

„Si vero, cum ipse legatarius morietur, le- „getur ei: certum est, legatum ad haeredem „transmitti."

L. 26. §. 1. D. ej. tit.

„Cum ab haeredibus alumno centum dari „voluisset testator, eam pecuniam ad alium „transferri, ut in annum XXV. trientes usu- „ras ejus summae perciperet alumnus, ac „post eam aetatem sortem ipsam: intra XXV. „annum eo defuncto, transmissum ad haere- „dem pueri fideicommissum respondi: nam „certam aetatem sorti solvendae praestitutam „videri, non pure fideicommisso relicto con- „ditionem insertam: cum autem fideicommis- „sum ab eo peti non posset, penes quem „voluit pecuniam collocari, propter haec „verba, eamque alumno meo post aetatem „supra scriptam curabis reddere, fideicom- „missum ab haeredibus petendum, qui „pecuniam dari stipulari debuerunt, sed fide-

„jussores ab eo non petendos, cujus fidem „sequi defunctus maluit.“

L. 5. C. quando dies legat. vel fideicom. cedit (6, 53.)

„Ex his verbis: Do lego Aliae Severinae „filiae meae et secundae decem: quae legata „accipere debebit, cum ad legitimum statum „pervenerit, non conditio fideicommisso vel „legato inserta, sed petitio in tempus legiti„mae aetatis dilata videtur. Et ideo, si Ae„lia Severina filia testatoris, cui legatum re„lictum est, die legati cedente, vita functa „est, ad haeredem suum actionem transmi„sit; scilicet, ut eo tempore solutio fiat, quo „Severina, si rebus humanis subtracta non „fuisset, XXV. annum aetatis implesset.“

Als ungewißer Tag wird aber der Todestag des Erben — somit also auch jedes Dritten angesehen, und in diesem Falle fällt also auch das Vermächtniß oder Fideicommiß nicht früher als nach erfolgtem Tode desselben an.

L. 79. §. 1. D. de condit. et demonstrat. (35, 1.)

„Haeres meus, cum ipse morietur, centum „Titio dato, legatum sub conditione relictum „est, quamvis enim haeredem moriturum „certum sit, tamen incertum est, an legata„rio vivo dies legati non cedit, et non est „certum, ad eum legatum perventurum.“

L. 4. D. quando dies (36, 2.)

„Si cum haeres morietur, legetur, condi„tionale legatum est, denique vivo haerede „defunctus legatarius ad haeredem non trans„fert.“

L. 13. D. ej. tit.

„Tale legatum, cum morietur, haeres „dato certum est debitum iri, et tamen ad „haeredem legatarii non transit."

Nach diesen aus den Gesetzen abgeleiteten Grundsätzen wird es nun Jedem leicht seyn, die widersprechenden Darstellungen der Rechtsgelehrten zu berichtigen, und ich erlaube mir nur noch die Bemerkung, daß auch bey verschafften Alimenten der ungewiße Tag als Bedingung angesehen werden muß, obwohl die oben angeführten Schriftsteller auf die Autorität des Averanius hier eine Ausnahme machen wollten, — wie wenig aber diese gegründet seye, davon kann sich Jeder überzeugen, der die von ihm angeführten Stellen

L. 13. §. 1. L. 18. §. 21. D. de aliment. leg. (34, 1.)
L. 1. C. de leg. (6, 37.)

liest.

XII. Aufsatz.

Ueber die Anwendbarkeit der Theilungs-Klage (actio communi dividundo) auf staatsrechtliche Verhältnisse.

Die Gemeinden des Oberamts A. waren ehemals mit der Stadt vereinigt. Sie fanden aber diese Vereinigung vor mehreren Jahrzehenden nicht mehr zuträglich, und baten um Errichtung eines eigenen Oberamts, was ihnen jedoch unter der ausdrücklichen Bedingung gestattet wurde, daß sie diejenigen Gebäude, welche für die neu aufzustellenden Beamten nothwendig werden, auf eigene Kosten erbauen. Dieser Bedin-

gung unterzogen sich auch jene Gemeinden, und so wurde nun ein eigenes Oberamt für sie gebildet. Drey Gebäude für verschiedene Beamte wurden nun von ihnen errichtet. Vor mehreren Jahren wurden nun vermöge einer in der Staats-Einrichtung vorgefallenen Veränderung einige Gemeinden von jenem Oberamte getrennt, und dem Oberamt B., dessen Amtssitz ihnen bedeutend näher lag, — dagegen aber mehrere Gemeinden des Oberamts B. aus dem nehmlichen Grunde dem Oberamt A. zugetheilt. Die ersteren drey Gemeinden machten nun bey ihrem Austritt an die übrigen das Ansinnen, daß ihnen auch für ihre Antheile an den gemeinschaftlich von ihnen mit den übrigen erbauten drey Gebäuden ein Geld-Abtrag abgereicht werden möchte. Jahre lang trieb sich diese Sache vor den Administrativ-Behörden herum, bis endlich die fragl. Gemeinden auf den Rechtsweg verwiesen wurden. Diesen betraten sie nun auch, und stellten gegen die übrigen Gemeinden, welche ehemals gemeinschaftlich mit ihnen die Amts-Körperschaft bildeten, die Klage auf Theilung (actio communi dividundo) dahin an:

„daß die fragl. Gebäude entweder im Aufstreich
„verkauft, oder unpartheyisch angeschlagen, und ih-
„nen die sie betreffende Quote des Erlöses oder An-
„schlags zugeschieden werde."

Bey Prüfung dieser Klage stößt man hier zuerst auf die Frage:

„Ob im vorliegenden Fall wohl auch die Beklagten
„die wahren Beklagten seyen?"

oder im juridischen Sprachgebrauch:

„Ob es nicht an der Passiv-Legitimation zur Sache
„fehle?"

Diese Prüfung muß nun offenbar die Schlußfolge folgender Sätze seyn, welche so sehr in der Natur

der Sache liegen, daß sie nicht wohl eines näheren Beweises bedürfen.

Erster Satz.

Die Gebäude sind ein Eigenthum der Amts-Körperschaft, oder der diese sinnlich darstellenden Amts-Versammlung.

Zweyter Satz.

Die Amts-Körperschaft ist offenbar nichts als eine mystische (moralische) Person, eine universitas im Sinne des Römischen Rechts, denn so wie die Gemeinden sich aus den einzelnen Mitgliedern derselben bilden, so bildet sich die Amts-Körperschaft aus den einzelnen mit ihr vereinigten Gemeinden. In gänzlicher Ermanglung vaterländischer Gesetze muß man also die Grundsätze des gemeinen, d. h. Römischen Rechts von Körperschaften zur Hülfe nehmen, und diese auf den vorliegenden Fall anwenden.

Dritter Satz.

Die Klage auf Theilung setzt immer

Cf. tot. tit. D. communi dividundo (10, 3.)

eine entweder von den Betheiligten selbst schon aufgelöste Gemeinschaft, wo nur über die wirklichen Antheile der einzelnen Betheiligten noch Streit stattfindet, oder wenigstens eine solche Gemeinschaft voraus, welche der Civil-Richter aufzulösen vermag. Nach Voraussendung dieser Sätze entsteht nun hier vorerst die Frage:

„Wurde die Amts-Körperschaft durch die Trennung „der klagenden Gemeinden aufgelöst?"

Hierauf enthalten nun folgende Gesetzstellen:

L. 7. §. 2. D. quod cujuscunque univers. nomine (3, 4.)

„In Decurionibus vel aliis universitatibus „nihil refert, utrum omnes maneant, an pars „maneat, an omnes immutati sunt. Sed si „universitas ad unum redit, magis admittitur, „posse eum convenire et conveniri: cum jus „omnium in unum reciderit, et stet nomen „universitatis.“

Sodann die

L. 76. D. de judiciis (5, 1.)

„Proponebatur ex his judicibus, qui in ean„dem rem dati essent, nonnullos causa au„dita excusatos esse, inque eorum locum „alios esse sumptos: et quaerebatur singulo„rum judicum mutatio eandem rem, an aliud „judicium fecisset? Respondi, non modo si „unus aut alter, sed et si omnes judices mu„tati essent, tamen et rem eandem, et judi„cium idem, quod antea fuisset, permane„re, neque in hoc solum evenire, ut partibus „commutatis eadem res esse existimaretur, „sed et in multis caeteris rebus. Nam et le„gionem eandem haberi, ex qua multi deces„sissent, quorum in locum alii subjecti es„sent: et populum eundem hoc tempore pu„tari, qui abhinc centum annis fuissent, cum „ex illis nemo nunc viveret. Itemque navem, „si adeo saepe refecta esset, ut nulla tabula „eadem permaneret, quae non nova fuisset, „nihilominus eandem navem esse existimari. „Quod si quis putaret, partibus commutatis „aliam rem fieri, fore, ut ex ejus ratione nos „ipsi non iidem essemus, qui abhinc anno „fuissemus: propterea quod, ut Philosophi

„dicerent, ex quibus particulis minimis con-
„stiteremus; hae quotidie ex nostro corpore
„decederent, aliaeque extrinsecus in earum
„locum accederent. Quapropter cujus rei
„species eadem consisteret, rem quoque ean-
„dem esse existimari“

die ganz passende aber verneinende Antwort. Da nun die Amts-Körperschaft durch die Trennung der klagenden Gemeinden nicht aufgelöst wurde, so folgt hieraus auch, daß die in Frage und Rechts-Streit begriffenen Gebäude Eigenthum derselben blieben, und da nun nach

L. 6. §. 1. D. de divisione rerum et qualitate (1, 8.)

„Universitatis sunt, non singulorum ve-
„luti, quae in civitatibus sunt theatra et sta-
„dia, et similia, et si quae alia sunt civita-
„tum. Ideoque nec servus communis civita-
„tis, singulorum pro parte intelligitur, sed
„universitatis;“

und

L. 7. §. 1. D. quod cujusque univ. nom. vel contra etc. (3, 4.)

„Si quid universitati debetur, singulis non
„debetur: nec quod debet universitas, sin-
„guli debent“

das Eigenthum, so wie die Rechte und Verbindlichkeiten der Körperschaften nicht Eigenthum der einzelnen Bestandtheile derselben sind, so ergibt sich deutlich, daß im vorliegenden Falle die Klage gegen die ganze Körperschaft, aber nicht gegen einzelne Gemeinden derselben zu richten, diese einzeln beklagten Gemeinden also auch nicht die wahren Beklagten sind, und seyn können, und daß es also mit Einem Wort hier an der Passiv-Legitimation zur Sache fehlt. Gesetzt nun aber auch,

dieser Mangel wäre gehoben, und die Klage gegen die Amts-Körperschaft angestellt, so entsteht die weitere Frage:

„Ob sie auch jetzt wenigstens schon begründet seye?"

Nun wurde schon oben bemerkt, daß die Klage auf Theilung (communi dividundo) entweder eine bereits aufgelöste oder wenigstens eine solche Gemeinschaft voraussetze, deren Auflösung in der Macht und Befugniß des Civil-Richters liegt. Daß der erste Fall hier nicht eingetreten ist, wurde bereits oben erwiesen. Es entsteht also hier nur noch die Frage:

„Ob es in der Befugniß des Civil-Richters liege, „die fragliche Gemeinschaft aufzulösen?"

Nun wird wohl Niemand je behauptet haben oder behaupten wollen, daß es in der Macht und Befugniß des Civil-Richters liege, eine Amts-Körperschaft, einen Amtsverband, der sein Bestehen und seinen Ursprung nicht aus privatrechtlichen, sondern aus den Grundsätzen des Staats oder öffentlichen Rechts ableitet, aufzulösen; nur eine privatrechtliche, nicht aber eine staatsrechtliche (communio juris publici) Gemeinschaft vermag der auf Wahrung der Privat-Rechte beschränkte Civil-Richter aufzulösen, und so lange also nicht jene Auflösung auf staatsrechtlichem Wege, oder auf dem Wege der Gesetzgebung, erfolgt ist, vermag der Civil-Richter nicht einzugreifen. Eben deßwegen aber ist diese Klage auch wenigstens in so lange, als die Amts-Körperschaft als solche fortdauert, nicht begründet. Gesetzt aber auch, die Auflösung des Amtsverbands wäre erfolgt: könnten wenigstens nicht dann die klagenden Gemeinden deßwegen, weil sie zu den ursprünglichen Bau-Kosten beygetragen, jetzt auch, nachdem sie längst aus diesem Verband ausgetreten, die sie be-

treffende Quote des Erlöses verlangen? Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es nunmehr wieder nichts, als einer genauen Würdigung der oben abgedruckten

L. 7. §. 2. D. quod cujuscunque (3, 4.) und
L. 76. D. de judiciis (5, 1.)

denn da aus denselben klar erhellt, daß das Fortbestehen der Körperschaft, deren Eigenthum die fraglichen Gebäude sind, von dem Austritt der klagenden Gemeinden durchaus unabhängig war, da diese Gebäude auch dieses Austritts unerachtet Eigenthum der Körperschaft blieben, so können sie jetzt, wenn auch heute die Auflösung des Amtsverbands erfolgte, an dem Erlös aus denselben keinen Theil mehr haben, da sie längst nimmer ergänzende Theile jener Körperschaft sind, und der Umstand: ob sie sich freywillig von dem frühern Verbande trennten, oder ob sie sich vermöge einer höhern Verfügung trennen mußten? für den Civil-Richter durchaus nichts darbietet, was eine Berücksichtigung verdiente, und so hätten wir nun freylich den Erfund:

„daß die Klage auf Theilung auf den vorliegenden
„Fall nicht anwendbar ist;"

aber eben dieser Erfund leitet auch zu dem weiteren und allgemeinen Satze:

„daß die privatrechtliche Klage auf Theilung — auf
„staatsrechtliche Verhältnisse überall nicht anwend-
„bar ist."

Welche Härte aus diesen Sätzen, wenn man genauer in die Sache eingeht, und sie auf die verschiedenartigsten Fälle anwendet, herausgehen mag, fühle ich wohl; ich fühle die allerunbilligsten Folgerungen, die hieraus gezogen werden können. Allein es ist immer ein Unglück, wenn der Civil-Richter aus seinem Wirkungskreise herausgerissen, und in einen neuen versetzt wird, der der seinige nie war, und nie werden kann.

Hier kann nur durch positive Gesetze geholfen werden, und das Klügste für den Civil-Richter ist immer, wenn er im Augenblick fühlt, daß er aus seinem Wirkungskreise gerissen wird, denn das geringste Einschreiten müßte offenbar eine Verwirrung in den Verhältnissen des öffentlichen Lebens herbeyführen.

XIII. Aufsatz.

Ausführliche Erörterung der Frage: „Ob und in wie weit das Edictum Aedilium noch gegenwärtig anwendbar seye?"

---

§. 1.

Von dem Edictum der Aedilium haben uns die Römischen Rechtsgelehrten nur Bruchstücke aufbewahrt. Zwar hat

Noodt in Comment. ad Dig. L. 21. tit. 1. (in Operibus, Tom. II. p. 450.)

den Versuch gemacht, die getrennten Bruchstücke zu vereinigen, und aus ihnen das Edikt wieder herzustellen; allein er selbst bemerkt sehr bescheiden, daß es beym bloßen Versuch geblieben seye. Halten wir uns nun an dasjenige, was uns jene Rechtsgelehrten, und wie sie es aufbewahrt haben. Es lautet aber dieses, wie folgt:

L. 1. §. 1. D. de aedilit. edicto (21, 1.)

„Ajunt Aediles, qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit, noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea manci-

pia venibunt, palam recte pronuntianto. Quod si mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit, cum veniret fuisset, quod ejus praestari oportere dicetur, emtori, omnibusque, ad quos ea res pertinet, judicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem traditionemque deterius emtoris opera, familiae procuratorisve ejus factum erit: sive quid ex eo post venditionem natum, adquisitum fuerit: et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emtorem: ut ea omnia restituat. Item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat. Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortis consciscendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit: ea omnia in venditione pronuntianto: ex his enim causis judicium dabimus. Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, judicium dabimus."

Sodann

L. 38. pr. D. ej. tit.

„Aediles ajunt, qui jumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiive sit: utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emtoribus tradentur: si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis, jumentisve ornamentorum nomine redhibendis, in diebus sexaginta: morbi autem vitiive causa, inemtis faciendis, in sex mensibus: vel quo minores, cum venierint, fuerint, in anno judicium dabimus. Si jumenta paria simul venierint, et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi

debeat, judicium dabimus, quo utrumque redhibeatur."

L. 38. §. 5.

„Quae de jumentorum sanitate diximus de caetero quoque pecore omni venditores faciunto."

Die weiteren Bruchstücke in der

L. 25. §. 9. L. 40. §. 1. L. 41. 42. D. ej. tit.

gehören nicht hieher.

§. 2.

Das Edictum Aedilium hatte nun, wie aus obigen Bruchstücken klar erhellt, anfänglich bloß Sklaven- und Zug- (jumenta) und Heerd-Vieh (pecora) im Auge; dem unerachtet aber waren die früheren Rechtsgelehrten darüber einig, daß die Verordnungen desselben nicht nur die genannten, sondern alle Arten verkäuflicher Dinge umfasse, selbst

Glück, Erläuterung der Pandecten, §. 1107. 20r. Thl. S. 37. ff.

trat neuerlich dieser Meinung bey. Dagegen aber behauptete neuestens

Dr. Gans im Archiv für die civilistische Praxis, 2r. Band, S. 112 — 118.

daß das Edikt nur auf Sklaven, Thiere und Landgüter (denn die

L. 49. D. de aedilit. ed. (21, 1.)

welche klar und deutlich verordnet, daß die Redhibitio auch bey einem fundus pestilens stattfinde, womit auch noch überdieß die

L. 4. C. de aedilit. act. (4, 58.)

übereinstimmt, ließ er doch in ihrem Werth bestehen), anwendbar seye. Er behauptet nehmlich: Man habe bis jetzt sehr geirrt, wenn man geglaubt habe, daß das Civil-Recht das ädilitische Edikt ergänzt habe, vielmehr habe das ädilitische Edikt das Civil-Recht er-

gänzt. Alles, was jenes enthalte, seye schon zum Voraus bekannt gewesen, und seye nur in bestimmter Beziehung von den Aedilen auf die obengenannten Gegenstände angewendet worden. Daß nur die Geschichte des Rechts den Beweis dieses Satzes führen könne, hat Gans wohl gefühlt, aber ihn ist er auch schuldig geblieben, wird ihn aber auch wie Jeder schuldig bleiben, so lange uns das Alter des Edikts unbekannt ist, und so lange noch bloße Bruchstücke die einzigen Quellen unserer Erkenntniß sind; unbegreiflich ist aber, wie er seine letzte Hoffnung auf

Theophilus Paraphrasis Institut. L. 3. tit. 13. (Ed. Reitz, p. 613. seqq.)

setzen konnte, denn diesen hätte er nur dann für sich einigermaßen anführen können, wenn er seinen Satz erwiesen hätte; kein Wunder daher, wenn schon

Neustetel in den Römisch-rechtlichen Untersuchungen, (Heidelberg, 1821.) 1r. Thl. S. 210. ff.

die ganze Behauptung Gans für einen lusus ingenii erklärt. — Und so haben auch wir denn keinen Grund, den alten, vom Gerichtsbrauch angenommenen, und durch zwey sprechende Gesetzstellen bestätigten

L. 1. pr. D. h. t. (21, 1.)

„Labeo scribit, Edictum Aedilium curulium de venditionibus rerum esse tam earum, quae soli sint, quam earum, quae mobiles aut se moventes," und

L. 63. D. h. t.

„Sciendum est, ad venditiones solas hoc Edictum pertinere, non tantum mancipiorum, verum caeterarum quoque rerum" —

Satz, daß das Aedilische Edikt alle verkäuflichen Dinge umfasse, gegen den neueren unerwiesenen umzutauschen.

§. 3.

So fragt sich denn auch: ob das Edikt nur auf den Kauf-Vertrag oder auch auf andere Verträge anwendbar seye? daß es auch auf den Tausch-Vertrag anwendbar seye, enthält mit klaren Worten die

L. 19. §. 5. D. h. t. (21, 1.)

„Emtorem accipere debemus eum, qui pretio emit: sed si quis permutaverit, dicendum est, utrumque emtoris et venditoris loco haberi, et utrumque posse ex hoc Edicto experiri;" — womit auch die

L. 2. D. de rerum permut. (19, 4.)

übereinstimmt, aber auch bey der Uebergabe an Zahlungsstatt,

L. 4. C. de evict. (8, 45.)

„Si praedium tibi pro soluto datum est, hujusmodi contractus vicem venditoris obtinet;" und wenn eine Sache, welche zurückerstattet werden muß, in einem unwiderruflichen Anschlag übergeben wird;

L. 3. D. locati conduct. (19, 1.)

„Cum fundus locetur, et aestimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait id agi, ut instrumentum emtum habeat colonus: sicuti fieret, cum quid aestimatum in dotem daretur."

L. 10. §. 4. D. de jure dotium (23, 3.)

„Si ante matrimonium aestimatae res dotales sunt, haec aestimatio quasi sub conditione est etc. secutis igitur nuptiis, aestimatio rerum perficitur, et fit vera venditio."

Vgl. auch Fornerius Rerum quotidian. L. 4. Cap. XVIII. (in Otton. Thes. J. R. Tom. II. p. 243.) Glück a. o. a. O. §. 1107. 20r. Thl. S. 39. u. 40. Neustetel a. o. a. O. S. 214. Westphal, Lehre des

gemeinen Rechts vom Kauf-Contract, §. 418 — 421. S. 336. u. 337.

Auf den Mieth-Vertrag aber ist das Edikt nicht anwendbar; es fährt nehmlich die bereits oben §. 2. angeführte

L. 63. D. h. t. (21, 1.)

nach den dort angeführten Worten weiter fort:

„Cur autem de locationibus nihil edicatur, mirum videbatur: haec tamen ratio redditur, vel quia nunquam istorum de hac re fuerat jurisdictio, vel quia non similiter locationes, ut venditiones fiunt;"

und eben so wenig auf den Schenkungs-Vertrag:

L. 62. D. h. t. (21, 1.)

„Ad res donatas Edictum Aedilium Curulium non pertinere dicendum est: etenim quid se restituturum donator repromittit, quando nullum pretium interveniat? Quid ergo, si res ab eo, cui donata est, melior facta sit? numquid quanti ejus, qui meliorem fecit, interest, donator conveniatur? quod minime dicendum est: ne eo casu liberalitatis suae donator poenam patiatur."

Es läßt sich hieraus nun die allgemeine Regel ableiten: „daß das Aedilische Edikt nur auf solche zweyseitigen Verträge anwendbar seye, welche die Uebertragung des Eigenthums unter beschwerendem Rechts-Grund beabsichtigen. Nur müssen diese Verträge unbedingt abgeschlossen, oder die Bedingung wenigstens zur Zeit, wo die Klage angebracht wird, schon in Erfüllung gegangen seyn, denn so lange diese noch nicht erfüllt ist, findet noch keine Klage statt."

L. 43. §. 9. D. h. t. (21, 1.)

„Si sub conditione homo emtus sit, redhibitoria actione ante conditionem existentem inutiliter agitur, quia nondum perfecta emtio arbitrio judicis imperfecta fieri non potest.“

§. 4.

Allein auch diese Regel hat wieder ihre Ausnahmen. Das Edikt findet nehmlich nicht statt:

a) wenn ein solcher Vertrag mit der Staats-Kasse (dem Fiscus, welchem aber weder die Gemeinden noch die Minderjährigen in dieser Beziehung gleichgestellt sind), abgeschlossen wird;

L. 1. §. 3 — 5. D. h. t. (21, 1.)

„Illud sciendum est, Edictum hoc non pertinere ad venditiones fiscales. Si tamen Respublica aliqua faciat venditionem, Edictum hoc locum habebit. In pupillaribus quoque venditionibus erit Edicto locus.“

b) wenn ganz unbedeutende Dinge Gegenstand des Vertrags sind;

L. 48. §. 8. D. h. t.

„Simplariarum venditionum causa ne sit redhibitio, in usu est.“

(Daß simplariae res nehmlich hier ganz unbedeutende Dinge bedeuten, ist aus der Uebersetzung der Basiliken,

Ed. Fab. Tom. II. p. 401. et Harmenopulus, Promtuarium juris, L. 3. tit. 3. §. 65. in Meermanni Thesauro, Tom. VIII. p. 174.

durch ἁπλῶν πράσεων, und der

L. 37. §. 1. D. de evictiou. (21, 2.)

ersichtlich).

§. 5.

Es ist nun zu untersuchen, welche Klagen aus dem Edikt entspringen. Daß nun einmal die sogenannte

actio redhibitoria auf deutsch Rücknahms-, Wandel-, oder Wandlungs-Klage hieraus entspringe, darüber ist nur Eine Stimme. — Es entsteht also nur die Frage: welche Eigenschaften diese Klage habe, und worin das Wesentliche derselben bestehe? — Wie uns Ulpian

L. 21. pr. D. h. t. (21, 1.)

belehrt, so hat diese Klage ihren Namen vom Zurückgeben der Sache:

„Redhibere est, facere ut rursus habeat „venditor, quod habuerit: et, quia reddendo „id fiebat, idcirco redhibitio est appellata, „quasi redditio."

Das Wesentliche dieser Klage besteht also darin, daß durch sie die Rückgabe der gekauften, eingetauschten oder an Zahlungsstatt erhaltenen Sache bewirkt wird; sie wirkt also ganz wie die Wiedereinsetzung in den vorigen, d. h. den Stand, als ob der Vertrag, der zu dieser Klage Anlaß gegeben, niemals zu Stande gekommen wäre;

L. 23. §. 7. D. h. t. (21, 1.)

„Julianus ait, judicium redhibitoriae actionis utrumque, id est, venditorem et emtorem, quodammodo in integrum restituere debere."

L. 60. D. h. t.

„Facta redhibitione omnia in integrum restituuntur: perinde, ac si neque emtio neque venditio intercessit."

Zwar haben die älteren Glossatoren und der berühmte Hugo Doneau

de Aedilit. Edicto, Cap. 5.

behauptet, daß diese Klage keine eigene Klage, sondern bloß eine bestimmtere Bezeichnung der allgemeinen Klage aus dem Kauf-Vertrag seye, und letztere als Ganzes die erstere, als einen Theil in sich enthalte,

allein für diese Meinung möchten wohl die Beweise sehr schwer aufzufinden seyn. Zwar scheint die

L. 11. §. 3. D. de act. emt. (19, 1.)

„Redhibitionem quoque contineri emti judicio, et Labeo et Sabinus putant, et nos probamus;“

welche Stelle aus Ulpians Werk ad Edictum entlehnt ist, einen Beweis hiefür zu enthalten, allein einmal hat diese Stelle offenbar nicht den Sinn, daß die redhibitorische Klage in der allgemeinen Klage aus dem Kauf-Vertrag enthalten seye, sondern sie will nur das sagen, daß, wenn die Klage aus dem Kauf-Vertrag angestellt worden, unter gewißen Voraussetzungen (weiter unten werden wir ein Beyspiel finden), auch auf Rücknahme der Sache (redhibitio) erkannt werden könne. Die weitere Stelle aber, die hiefür angeführt wird, nehmlich die

L. 23. §. 4. D. h. t. (21, 1.)

kann um so weniger erweisen, als hier einmal klar und deutlich erhellt, daß die aedilitiae actiones nur im Gegensatz gegen actiones poenales actiones ex contractu genannt werden, wie sie denn in der nehmlichen Gesetzstelle weiter unten, wo jener Gegensatz aufhört, mit ihren eigenthümlichen Namen bezeichnet werden. Allein es gibt sogar noch, wenn gleich die Gegner eigentlich die Beweise für ihren Satz hätten beybringen sollen, sehr sprechende Gegen-Beweise gegen sie. Mehrere will ich von

Glück a. a. O. §. 1113. 20r. Thl. S. 134. u. 135.

mit seinen eigenen Worten entlehnen:

„Allein diese Ansicht widerlegt sich schon dadurch,
„daß die actio redhibitoria und actio ex emto
„einander entgegengesetzt werden (L. 44. §. 1. L. 51.

„pr. L. 57. pr. D. h. t.), wie könnte aber eine „elective Konkurrenz (L. 19. §. 2. in fine D. eo-„dem), ja, wie könnte die actio emti da stattfin-„den, wo die actio redhibitoria nicht zulässig ist, „wenn letztere nur eine adjectitia qualitas der er-„steren wäre? (L. 1. §. 10. in fine. L. 4. §. 4. „L. 38. §. 7. D. eodem. L. 11. §. 5. D. de „act. emti et vend.);"

allein es gibt ausser diesen noch mehrere Beweise, denn

a) ist diese Klage, wie oben gezeigt worden, offenbar eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und kündigt sich als solche schon als ein Prätorisches, von dem Civil-Recht unabhängiges Rechtsmittel an; und

b) bürgt hiefür sicher auch ihre von der — der Klage aus dem Kauf-Vertrag ganz verschiedene Verjährungs-Zeit (wovon unten). Wenn also die Anhänger der obigen Meinung nicht behaupten wollen, daß die verschiedenen Theile einer Klage sich unabhängig von einander und zu verschiedenen Zeiten verjähren, wovon mir wenigstens kein Beyspiel bekannt ist, so wird das Klügste seyn, diese Behauptung aufzugeben, und dafür die richtige: „daß unsere Klage eine selbstständige, von der Klage aus dem Kauf-Vertrag ganz unabhängige Klage seye," anzunehmen.

§. 6.

Unbestritten ist ferner, daß auch die actio quanti minoris, auf deutsch Preis-Verminderungs- oder schlechtweg Minderungs-Klage, aus diesem Edikt entspringe. Allein bestritten ist, ob das Edikt die einzige und ursprüngliche Quelle dieser Klage seye, oder ob diese Klage aus dem Civil-Recht entstanden, und von diesem erst

in das Edikt aufgenommen worden sey? Letzteres behaupteten schon die älteren Glossatoren, neuerlich wieder

Gans, Jurid. Archiv, 2r. Thl. S. 112. ff.

und neuestens

Neustetel in den Römisch-rechtlichen Untersuchungen, S. 166 — 182.

Auch Neustetel, der übrigens die Meinung Gans, daß durch das Aedilitische Edikt bloß die Vorschriften des älteren Civil-Rechts durch die Aedilen auf den Sklaven- und Vieh-Verkauf angewendet worden seyen, im Allgemeinen verworfen hat, tritt derselben wenigstens in Beziehung auf die Minderungs-Klage bey, allein diese Meinung hat schon

Doneau, de aedilit. edicto (in opp. minor. p. 306. seqq.) et Comment. J. C. L. 3. cap. 3. (Tom. II. p. 142. Ed. Francof.)

widerlegt. Die Gründe Neustetels sind übrigens folgende:

1) Bey unbekannt gebliebenen Dienstbarkeiten eines verkauften Guts finde bloß die Minderungs-Klage, nicht die Rücknahms-Klage statt, deßgleichen bey nicht körperlichen Fehlern der Thiere (vitiis animi), ein Grund, den wir vor der Hand, da sich unten eine weitere und bequemere Gelegenheit zur Untersuchung darbietet, auf seinem Werth oder Unwerth beruhen lassen;

2) habe Justinian

in Constit. Tanta de confirm. Dig. §. 5.

der Minderungs-Klage überall mit keinem Worte gedacht, unerachtet er die Rücknahms-Klage ausdrücklich nenne; und

3) finde etwas Aehnliches bey allen zweyseitigen Verträgen statt. Dagegen sprechen aber offenbar folgende Gründe:

1) In den Digesten wird der actio quanti minoris nur in Beziehung auf das Edictum Aedilium erwähnt; die Aufschrift des Titels (21, 1.)

de Aedilitio Edicto et redhibitione et quanti minoris

gibt hievon einen sprechenden Beweis.

2) Der Codex erwähnt ihrer nur in Beziehung auf jenes Edikt; auch dieß beweist die Aufschrift des Titels (4, 58.)

de aedilitiis actionibus.

3) Ist zwar nicht zu läugnen, daß die actio quanti minoris sich auch in dem Titel (19, 1.)

L. 13. de actionibus emti et venditi

findet, allein diese Stelle enthält einen Auszug aus Ulpians Werk über das Edictum; daß Justinian in jener Constit. diese Klage nicht ausdrücklich genannt hat, möchte wohl wenig erweisen, und endlich, wie hinkend die Vergleichung zwischen den die Uebertragung des Eigenthums beabsichtigenden mit andern zweyseitigen Verträgen seye, wird wohl Jeder selbst fühlen. Aus Mangel an allen Beweisen für das Gegentheil, und bey dem Daseyn sprechender Beweise sogar nehme ich nun keinen Anstand, die Akten für geschlossen anzunehmen, und den Satz, daß auch die Minderungs-Klage ursprünglich aus dem Edikt der Aedilen abzuleiten seye, als den richtigen aufzustellen. Daß diese Klage endlich nur auf Verminderung des Preises gehe, liegt in den oben angeführten Worten des Edikts.

§. 7.

Eine weitere bestrittene Frage aber ist: Ob die Rücknahms- und die Minderungs-Klage in allen Fällen mit einander gleich laufen, d. h. ob in allen denjenigen Fällen, wo die Minderungs-Klage stattfinde, auch

die Rücknahms-Klage und umgekehrt stattfinden könne? Mehrere ältere Rechtsgelehrte, Stryck, J. H. Böhmer, Lauterbach, Hofacker, Höpfner und Schmid unterscheiden nehmlich sehr: ob der Fehler die Sache ganz unbrauchbar mache, oder nur ihren Werth verringere? und lassen nur im ersteren Fall die Rücknahms- und Minderungs-Klage nach der Wahl des Beschädigten, im letzteren aber ohne alle Wahl bloß die Minderungs-Klage zu. Allein gegen diese Behauptung kämpfte zuerst

Feuerbach in seinen civilistischen Versuchen, 1r. Thl. 2r. Versuch, S. 51 — 80.

verwarf dieselbe als ganz unstatthaft, und behauptete, daß überall da, wo die Minderungs-Klage, auch die Rücknahms-Klage nach der Wahl des Klägers stattfinde, und die Gesetze zwischen Unbrauchbarkeit und Werths-Verminderung nicht unterscheiden. Seine Gründe bestehen in Folgendem:

1) führt er die sehr sprechende Stelle Ulpians an:

L. 1. §. 8. D. h. t. (21, 1.)

„Proinde, si quid tale fuerit vitii, sive morbi, quod usum ministeriumque hominis *impediat*, *id dabit redhibitioni locum*; dummodo meminerimus, non utique quodlibet, quam levissimum efficere, ut morbosus vitiosusve habeatur etc." — und die gleichfalls sprechende

L. 4. § 6. h. t.

„Idem ait, non omnem morbum dare locum redhibitioni, utputa levis lippitudo, aut levis dentis auriculaeve dolor, aut mediocre vulnus: non denique febriculam quantulamlibet ad causam hujus Edicti pertinere." — Die

L. 10. §. 2. ej. tit.

„Si quis plures digitos habeat, sive in manibus, sive in pedibus, si nihil impeditur numero eorum, non est in causa redhibitionis: propter quod non illud spectandum est, quis numerus sit digitorum, sed an sine impedimento vel pluribus, vel paucioribus uti possit."

Vgl. auch L. 14. §. 5. D. h. t.

Er zeigt sodann

2) daß das Edikt die Rücknahms-Klage bey Fehlern, welche durchaus nicht die Unbrauchbarkeit begründen, zulasse.

L. 1. pr. L. 8. 9. 10. §. 3. 4. L. 12. §. 1. 3. L. 14. §. 4. u. 8. D. h. t. (21, 1.)

3) beruft er sich auf

L. 18. D. h. t.

„Si quid venditor de mancipio affirmaverit, idque non ita esse, emtor queratur aut redhibitorio, aut aestimatorio, id est quanti minoris judicio agere potest."

4) auf die

L. 31. §. 5. D. h. t.

„Si plures haeredes sint emtoris, an omnes ad redhibendum consentire debeant, videamus? Et ait Pomponius, omnes consentire debere ad redhibendum: dareque unum procuratorem: ne forte venditor injuriam patiatur, dum ab alio partem recipit hominis, alii in partem pretii condemnatur, quanti minoris is homo sit," — und auf die

L. 31. §. 10. D. h. t.

ungefähr gleichen Inhalts mit den vorhergehenden. Zwar sind es zwey Gesetzstellen, nehmlich die

L. 43. §. 6. D. h. t.

„Aliquando etiam redhiberi mancipium debebit, licet aestimatoria, id est, quanti minoris,

agamus. Nam si adeo nullius sit pretii, ut ne expediat quidem tale mancipium habere, veluti si furiosum aut lunaticum sit, licet aestimatoria actum fuerit, officio tamen judicis continebitur, ut reddito mancipio pretium recipiatur," — und

L. 25. §. 1. D. de except. rei judic. (44, 2.)

„Est in potestate emtoris, intra sex menses redhibitoria agere mallet, an ea quae datur, quanti minoris homo, cum veniret, fuerit. Nam posterior actio etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor emturus non fuerit."

Allein diese ersteren Stellen, in welchen zwar wirklich zwischen Unbrauchbarkeit und bloßem Minder-Werth unterschieden ist, haben, wie schon

Feuerbach a. a. O. S. 76.

bemerkte, nur den Sinn, daß der Richter, wenn bloß auf Werths-Verminderung geklagt seye, in dem Falle, wenn sich die Sache als ganz unbrauchbar herausstelle, auf Rücknahme erkennen könne und müsse, was sich dann noch vorzüglich auf das Verhältniß des judex pedaneus zum Praetor beziehe. Auch liegt nebenbey bey dieser Stelle ein ganz vernünftiger Grund vor: denn gesetzt eine Sache wäre ganz werthlos (nullius pretii), es wäre aber nur auf Werths-Verminderung geklagt, so müßte ja auf Erstattung des ganzen Werths erkannt werden, während der Kläger auch noch im Besitz der Sache bliebe, was offenbar ungereimt wäre. Ja, es läßt sich sogar der Fall denken, daß eine Sache nur nullius pretii für den Kläger, für den Beklagten aber doch noch von Werth wäre. Man denke sich nur den Fall: ein Schuster verfertigt Jemand ein Paar Stiefel, welche der Besteller, weil sie ihm durchaus zu eng sind,

nicht brauchen kann; hier sind nun offenbar die Stiefel für den Besteller nullius pretii, nicht aber für den Schuster, denn dieser kann für jene Stiefel ein paar andere Füße finden. Offenbare Ungereimtheit und Widerrechtlichkeit entstünde also daraus, wenn der Schuster zum Ersatz des Stiefel-Preises verurtheilt würde, dabey aber auch seine Stiefel verlöre, — daher jene wahrhaft sehr vernünftige Verordnung. Die letztere Stelle aber setzt offenbar beide Klagen einander gleich, und bezieht sich sodann nur wieder auf die obige so eben erklärte Stelle. Die vorliegenden Stellen beweisen also für den Satz, der aus ihnen abgeleitet werden will, schlechterdings nichts, daher sind auch die neueren Schriftsteller der Feuerbach'schen Meinung beygetreten;

Bucher, Recht der Forderungen, §. 68. Glück a. a. O. §. 1111. 20r. Thl. S. 119. Neustetel a. o. a. O. S. 246. (welcher jedoch von dieser Regel zwey Ausnahmen, wovon weiter unten §. 8. die Rede seyn wird, stattfinden läßt.) Schweppe, Römisches Priv.Recht, §. 433. 2te Ausgabe, S. 267. Thibaut, System des Pandecten-Rechts, S. 148.

wiewohl auch von diesen einige der älteren Theorie gegen Feuerbach wieder beygetreten sind, unerachtet sie an neueren Gründen nichts vorzubringen wußten.

Günther, Pr. J. R. N. §. 972. Tom. II. p. 674. Westhof, Vindiciae communis doctrinae de actione redhib. ob vitium rei venditae adv. Feuerbachii objectiones. Helmstad. 1804.

Da sich nun durchaus auf dem Wege des positiven Rechts kein Grund auffinden läßt, welcher bey ediktmäßigen Gebrechen zwischen gänzlicher Unbrauchbarkeit und bloßer Werths-Verringerung unterscheidet, so weiß ich jener höchst wahrscheinlich von Stryck erfundenen Theorie nicht beyzupflichten, sondern trete viel-

mehr mit aller Ueberzeugung der begründeten Feuerbach'schen bey.

§. 8.

Diese Klagen finden nun statt unbedingt:

1) wenn gewiße Eigenschaften oder das Nichtdaseyn gewißer Fehler, der verkauften, vertauschten oder an Zahlungsstatt gegebenen Sache versprochen wurden, die versprochenen Eigenschaften aber nicht, oder die gewährten Fehler doch vorhanden sind (si adversus quod dictum promissumve fuerit, cum veniret, fuisset); wenn gewiße Eigenschaften versprochen wurden, genügt es, wenn dieselben auch nur in mittelmäßigem Grade vorhanden sind; es wäre dann wirklich ein ausgezeichnet hoher Grad jener Eigenschaften ausdrücklich versprochen worden.

L. 17. §. 20. D. h. t. (21, 1.)

„Si quis adfirmaverit, aliquid adesse servo nec adsit: vel abesse et adsit: utputa si dixerit, furem non esse, et fur sit, si dixerit artificem esse, et non sit: hi enim, quia quod adseveraverunt, non praestant adversus dictum promissumve facere videntur."

L. 18. pr. et §. 1.

„Si quid venditor de mancipio adfirmaverit, idque non ita esse emtor quaeratur: aut redhibitorio, aut aestimatorio, id est, quanti minoris judicio agere potest: verbi gratia, si constantem, aut laboriosum, aut curacem, vigilacem esse, aut ex frugalitate sua peculium adquisisse affirmaverit: et is ex diverso levis, protervus, desidiosus, somniculus, piger, tardus, comesor inveniatur, haec omnia videntur eo pertinere, ne id, quod adfirmaverit venditor, amare ab eo exigatur, sed cum quodam tempe-

ramento et si forte constantem esse adfirmaverit, non exacta gravitas et constantia, quasi à philosopho desideretur, et si laboriosum et vigilacem adfirmaverit esse, non continuus labor per dies noctesque ab eo exigatur: sed haec omnia ex bono et aequo modice desiderentur. Idem et in caeteris, quae venditor adfirmaverit intelligimus. §. 1. Venditor, qui optimum cocum esse dixerit, optimum in eo artificium praestare debet, qui vero simpliciter cocum esse dixerit, satisfacere videtur, etiam si mediocrem cocum praestet. Idem et in caeteris generibus artificiorum, §. 2. Aeque si quis simpliciter dixerit, peculiatum esse servum, sufficit, si is vel minimum habeat peculium."

L. 19 §. 1. D. h. t.

„Plane si dixerit, alienatorem non esse, furem non esse, ad statuam nunquam confugisse, oportet eum id praestare. §. 4. Illud sciendum est, si quis artificem promiserit, vel dixerit, non utique perfectum eum praestare debet: sed ad aliquem modum peritum, ut neque consummatae scientiae accipias, neque rursum indoctum esse in artificium: sufficit itaque talem esse, quales vulgo artifices dicuntur."

Nur muß wirklich in Betreff der Eigenschaften oder des Nichtdaseyns solcher Fehler ein wirkliches förmliches Versprechen vorliegen, denn eine bloß zur Empfehlung der Sache hingeworfene Aeusserung vertritt die Stelle desselben — genügt also auch nicht.

L. 19. pr. D. h. t.

„Sciendum tamen est, quaedam, et si dixerit, praestare eum non debere: scilicet ea, quae ad nudam laudem servi pertinent: veluti si dixe-

rit, frugi, probum, dicto audientem: ut enim Pedius scribit, multum interest, commendandi servi causa quid dixerit, an vero praestaturum se promiserit, quod dixit. §. 2. Dictum à promisso discernitur: dictum accipimus, quod verbotenus pronuntiatum est, nudoque sermone finitur: promissum autem potest referri et ad nudam promissionem, sive pollicitationem, vel ad sponsum etc. §. 3. Ea autem sola dicta sive promissa admittenda sunt, quaecunque sic dicuntur, ut praestentur, non ut jactentur"

2) wenn die Zierrathen, mit welchen die Sache zur Zeit, wo sie verkauft, vertauscht oder an Zahlungsstatt gegeben wurde, eben jenes Vertrags halber geziert war, verweigert werden.

Vgl. die oben §. 1. angeführte zweyte Stelle des Edikts, L. 38. §. 11. D. h. t.

„Vendendi autem causa ornatum jumentum videri Caelius ait, non si sub tempus venditionis, hoc est biduo ante venditionem ornatum sit: sed si in ipsa venditione ornatum sit: aut ideo, inquit, venale cum esset, sic ornatum inspiceretur: semperque cum de ornamentis agitur, et in actione et in Edicto adjectum est, vendendi causa ornata ducta esse: poterit enim jumentum ornatum itineris causa duci, deinde venire"

3) wenn der Verkäufer die ihm obliegende Sicherheit nicht leistet, was jedoch heut zu Tage nur dann, wenn Sicherheits-Leistung ausdrücklich versprochen worden, noch stattfindet.

L. 28. D h. t.

„Si venditor de his, quae Edicto Aedilium continentur, non caveat, pollicentur adversus

eum (ad) redhibendum judicium, intra duos menses, vel quanti emtoris intersit, intra sex menses“

4) wenn ein ediktmäßiger Fehler vorhanden ist, was aber ein ediktmäßiger Fehler seye, darüber hat uns Ulpian in der §. 7. abgedruckten

L. 1. §. 8. h. t.

eine freylich zunächst auf Sklaven berechnete Vorschrift aufbewahrt; aus den gleichfalls dort abgedruckten und angeführten weiteren Stellen aber zeigt sich, daß ein ganz unbedeutender Fehler nicht unter die ediktmäßigen gehöre. Jeder Fehler aber, der den Gebrauch der Sache verhindert, ist ediktmäßig. — Nun geräth man freylich hier wieder auf eine Sandbank, denn die Bruchstücke der Pandecten, welche die allgemeine Regel durch Beyspiele erläutern wollen, haben nur den Sklaven-Handel im Auge; und wie wenig diese Vorschriften und Beyspiele auf andere Dinge anwendbar seyen, leuchtet wohl von selbst ein. Hier bleibt also durchaus nichts als das durch Gutachten der Kunstverständigen geleitete Ermessen des Richters übrig. Nur einige weitere Streitfragen sind es wieder, die uns noch beschäftigen. Wir haben nehmlich von Ulpian eine Stelle, worin er die Regel aufstellt, daß bey Sklaven nur körperliche nicht Gemüths-Fehler ediktmäßige Fehler seyen.

L. 4. §. 3. D h. t.

„Et videmur hoc jure uti, ut vitii morbive appellatio non videatur pertinere, nisi ad corpora: animi autem vitium ita demum praestabit venditor, si promisit: si minus, non: et ideo nominatim de errone, et fugitivo excipitur: hoc enim animi vitium est, non corporis. *Unde quidam jumenta pavida et calcitrosa morbo-*

sis non esse adnumeranda dixerunt: animi enim, non corporis hoc vitium esse. §. 4. In summa, si quidem animi tantum vitium est, redhiberi non potest, nisi si dictum est, hoc abesse, et non abest: *ex emto tamen agi potest*, si sciens id vitium animi reticuit: si autem corporis solius vitium est, aut et corporis et animi mixtum vitium redhibitio locum habebit.“

Hier stellt nehmlich Ulpian die allgemeine Regel auf, daß die vitia animi, wenn ihr Nichtdaseyn nicht ausdrücklich zugesagt worden, weder bey Sklaven noch Thieren zu den ediktmäßigen Fehlern gehören; demunerachtet aber finden wir eine Stelle von Paulus, welche der obigen ganz widerspricht, nehmlich

L. 43. pr. D. h. t.

„Bovem, qui cornu petit, vitiosum esse, plerique dicunt: item mulas, quae cessum dant: ea quoque jumenta, quae sine causa turbantur, et semet ipsa eripiunt, vitiosa esse dicuntur.“

Offenbar spricht nun hier Paulus von vitiis animi, ja er behauptet, daß die meisten Rechtsgelehrten auch die vitia animi bey den Thieren, z. B. das Stoßen des Ochsen, zu den ediktmäßigen Fehlern zählen; anderer Meinung ist aber Ulpian, der übrigens in der

L. 38. §. 8. et 9. D. h. t.

seiner Meinung gleich bleibt. Kein Wunder daher, wenn auch die neueren Rechtsgelehrten hierüber nicht einig sind.

Glück a. a. O. §. 1106. 20r. Thl. S. 25. u. 26. und Schweppe, Römisches Privat=Recht, §. 431. 2te Ausg. S. 266.

behaupten, daß auch vitia animi (nicht körperliche) Fehler bey Thieren zu den ediktmäßigen Fehlern gehö=

ren, nur ist unbegreiflich, wie Glück die oben angeführte Stelle von Ulpian als Bestätigung der Stelle von Paulus anführen konnte, da sie jener doch geradezu widerspricht. Einen andern Weg hat nun

Neustetel, Römisch-rechtl. Untersuchungen, S. 233. ff.

eingeschlagen; dieser behauptet nehmlich, daß in der Regel zwar die nicht körperlichen Fehler der Thiere nicht zu den ediktmäßigen gehören, demunerachtet aber könne die Minderungs-Klage eines solchen Fehlers halber angestellt werden. Für diese Behauptung findet er zunächst den Grund in folgender Stelle des

Harmenopulus, L. 3. tit. 3. §. 63. (in Meermanni Thes. Vol. VIII. p. 173. et 74.)

„Meticulosa et calcitrosa jumenta non sunt vitiosa, nam naturalia (solle heissen animi; im Urtext heißt es ψυχικά) sunt vitia. Si igitur naturale (animi) tantum est vitium, locum non habet actio redhibitoria, nisi venditor illud abesse dixerit: sed competit ei quanto minoris. Si autem corporale est vitium, aut commune animi et corporis, actioni redhibitoriae locus est. Neque requirimus vitium perniciosum, sed quodcunque rei impedimento est. Namque haud interest, cui rei vitium obstet.“

Eben dieser Harmenopulus sagt dann aber auch im §. 64.:

„Vitiosa etiam est mula recalcitrans, et jumenta, quae sine causa turbantur, ac fugiunt.“

Liest man nun aber diese beiden Stellen ganz unbefangen, so sieht man sogleich, daß Harmenopulus die obigen einander widersprechenden Stellen Ulpians und Paulus in sein Promtuarium aufnahm, daß er aber die Stelle Ulpians etwas mißbrauchte, denn statt der Worte Ulpians: „ex emto tamen agi po-

test, si sciens id vitium animi reticuit;“ setzte Harmenopulus: „sed competit ei quanto minoris.“ Da nun somit auch Harmenopulus nichts als die alte Streitigkeit der Rechtsgelehrten in sein Promtuarium aufnahm, und sichtbar die Stelle Ulpians, welche nur von betrügerischer Absicht des Verkäufers (dolus) handelt, verketzerte, so kann dieser eben jenes nachgewiesenen Irthums halber nichts beweisen, und Neustetels Theorie ist um so mehr ungegründet, als sie der oben §. 7. erwiesenen selbst von Neustetel als richtig anerkannten Regel, daß überall, wo die Minderungs-, auch die Rücknahms-Klage stattfinde, durchaus widerspricht, zur Ausnahme aber kein Grund vorhanden ist. Allein so wären wir nun freylich in der Hauptsache keinen Schritt weiter, und die Frage, ob nicht körperliche Fehler bey Thieren zu den ediktmäßigen gehören, bleibt auch nach Römischem Rechte, welches sie bald bejaht, bald verneint, unentschieden. So bleibt nun nichts übrig, als uns an die oben angegebene allgemeine Regel zu halten, nehmlich zu sehen, ob der Fehler des Thiers von der Art ist, ut usum ministeriumque ejus impediat, wobey freylich dem richterlichen, durch Sachverständige geleiteten Ermessen Alles überlassen werden muß, was auch

Neustetel a. o. a. O. S. 234.

wohl fühlte. Eine besondere Erwägung verdient ferner die Frage: ob auch der Mangel activer oder das Vorhandenseyn passiver unbekannter Dienstbarkeiten zu den ediktmäßigen Fehlern zu rechnen seye? — (Daß wir hier nicht von dem Falle sprechen, wo active Dienstbarkeiten oder Freyheit von passiven ausdrücklich zugesagt wurden; was unter den unter §. 1. aufgeführten Fall

gehören würde, will ich hier nur, um mögliche Irrungen zu vermeiden, ganz kurz berühren.) Was nun die Activ-Dienstbarkeiten betrifft, so findet sich zwar in unserm Titel hierüber nichts, allein eine sehr sprechende Stelle finden wir in der

L. 75. D. de eviction. (21, 2.)

„Quod ad servitutes praediorum attinet, si tacite secutae sunt, et vindicentur ab alio, Quintus Mucius et Sabinus existimant, venditorem ob evictionem teneri non posse; nec enim evictionis nomine quemquam teneri, in eo jure, quod tacite soleat accedere (nisi ut optimus maximusque esset traditus fuerit fundus; tunc enim liberum ab omni servitute praestandum); si vero emtor petat viam vel actum, venditorem teneri non posse, nisi nominatim dixerit accessurum iter vel actum; tunc enim teneri eum, qui ita dixerit, et vera est Quinti Mucii sententia, ut qui optimum maximumque tradidit, liberum praestet, non etiam deberi alias servitutes; nisi hoc specialiter accessum (oder wie Andere lesen: concessum, adjectum sit)," denn daß diese Stelle von Activ-Dienstbarkeiten handle, und daß die obige Parenthese „nisi ut" bis praestandum sit" bloß die Interpolation eines nachherigen Glossatoren seye, hat sehr schön

Neustetel a. o. a. O. S. 218 — 222.

erwiesen. Mit dieser Stelle stimmt dann auch, wie

Neustetel a. o. a. O. S. 224. u. 225.

gegen

Donellus, de aedilit. edicto, p. 343. Westphal, vom Kauf, §. 232. S. 188.

erwiesen, folgende Stelle überein:

L. 66. pr. D. de contrah. emt. (18, 1.)

„In vendendo fundo quaedam etiamsi non condicantur, praestanda sunt, veluti: ne fundus evincatur, aut ususfructus ejus; quaedam ita demum, si dicta sint; veluti viam, iter, actum, aquaeductum praestatum iri.“ — Und auf den Grund dieser Stellen bin ich nun auch mit Neustetel vollkommen überzeugt, daß der Mangel nicht versprochener Activ-Dienstbarkeiten durchaus nicht zu den ediktmäßigen Fehlern gehöre. In Betreff der Passiv-Dienstbarkeiten, welche auf der verkauften, vertauschten oder an Zahlungsstatt übergebenen Sache ruhen, aber haben wir in unserem Titel eine besondere Stelle, nehmlich die

L. 61. D. h. t. (21, 1.)

„Quoties de servitute agitur, victus tantum debet praestare, quanto minoris emisset emtor, si scisset hanc servitutem impositam.“

Glück a. a. O. §. 1107. 20r. Thl. S. 39.

behauptet nun, daß solche Dienstbarkeiten zu den ediktmäßigen Fehlern gehören;

Neustetel a. a. O. S. 232.

aber behauptet, daß sie nur die Minderungs-Klage begründen, er vergleicht nehmlich diese Dienstbarkeiten mit den nicht körperlichen Fehlern der Thiere, und stützt sich dann, um einigen Grund zu gewinnen, auf die obige bereits widerlegte Stelle des Harmenopulus. — Daß nun aus letzterer nichts hervorgehe, haben wir schon oben bewiesen, wenn aber auch wirklich aus jener Stelle das hervorgienge, was nach Neustetels Meinung daraus hervorgehen sollte, so wäre doch wieder für unsern Satz wenig gewonnen, denn es wird Jeder das Hinkende der Vergleichung zwischen nicht körperlichen Fehlern der Thiere und Dienstbarkeiten der Grundstücke von selbst fühlen. Da es nun aber einmal,

wie oben (§. 7.) erwiesen wurde, Regel ist, daß wo die Minderungs-Klage, auch die Rücknahms-Klage stattfindet, und hier zu einer Ausnahme durchaus kein hinreichender Grund vorliegt, eine ausdrückliche Gesetzstelle aber bey unbekannten Passiv-Dienstbarkeiten die Minderungs-Klage zuläßt; so folgt hieraus offenbar mit logischer Bündigkeit, daß auch die Rücknahms-Klage stattfinde, und daß also auch die Passiv-Dienstbarkeiten zu den ediktmäßigen Fehlern gehören, daß aber auch hier die Regel, daß nehmlich die Dienstbarkeit eine solche seyn müsse, quae usum ministeriumque praedii servientis impedit, stattfinde, und daß also auch hier wieder dem richterlichen Ermessen Vieles überlassen bleibe, liegt in der Natur der Sache.

§. 9.

Aber auch bey den ediktmäßigen Fehlern müssen, wenn die Klagen aus dem Edikt stattfinden sollen, noch einige Voraussetzungen stattfinden. Sie müssen nehmlich

1) verborgene Fehler seyn, denn ein Fehler, der sogleich Jedem in die Sinne fällt, begründet die vorliegenden Klagen nicht;

L. 1. §. 6. D. h. t. (21, 1.)

„Si intelligatur vitium morbusque mancipii, ut plerumque signis quibusdam solent demonstrare vitia, potest dici, Edictum cessare, hoc enim tantummodo intuendum est, ne emtor decipiatur.“

L. 14. §. 10. D. h. t.

„Si nominatim morbus exceptus non sit, talis tamen morbus sit, qui omnibus potuit apparere, utputa coecus homo venibat, aut qui cicatricem evidentem et periculosam habebat vel in capite vel in alia parte corporis, ejus nomine

non teneri, Caecilius ait: perinde ac si nominatim morbus exceptus fuisset: ad eos enim morbos vitiaque pertinere Edictum probandum est, quae quis ignoravit, vel ignorare potuit.“ Daher gehören auch hieher nur solche Fehler, die allgemein in die Sinne fallen, und wegen solcher, deren Daseyn nur dem Kenner-Auge sichtbar ist und sichtbar seyn kann, steht dem Nichtkenner immer die Klage zu, denn er war derjenige, qui ignorare potuit.

Glück a. a. O. §. 1108. 20r. Thl. S. 48. Gesterding (im Archiv für die juridische Praxis, 4r. Band, S. 18 — 22.)

Ob aber dem Kenner auch wegen solcher Fehler, die er wenigstens hätte entdecken können, und sie nicht entdeckt hat, diese Klage zustehe, ist eine etwas streitige Frage, welche

Voët, Comment. ad Dig. L. 21. tit. 1. §. 9.

verneint, während

Gesterding a. a. O. S. 22.

mildere Grundsätze aufstellt. Da es nun aber verschiedene Arten von Kennern gibt, so möchte ich wahrhaftig auch mit Gesterding zwischen solchen, die nothwendig die Sache wissen mußten, z. B. Thier-Aerzten und solchen, denen keine ganz genaue Kenntniß beywohnt, z. B. Pferdshändlern im Gegensatz gegen die Thier-Aerzte, unterscheiden, und bey letzteren das ignorare potuit stattfinden lassen, denn offenbar gehört zur Beurtheilung eines solchen Fehlers die Kenntniß aller Criterien, welche auch nur beym Kenner in vollem Sinne des Worts zu finden ist. Auch hierüber und ob einer derjenige seye, qui in casu concreto ignorare potuit, muß freylich dem durch Sachverständige geleiteten Ermessen des Richters Alles überlassen werden. Ein offenbarer, Jedem in die Sinne

fallender Fehler begründet nun auch diese Klagen selbst in dem Falle nicht, wenn der Verkäufer ꝛc. das Gegentheil versichert hätte.

L. 43. §. 1. D. de contrah. emt. (18, 1.)

„Quaedam etiam pollicitationes venditorem non obligant, si ita in promptu res sit, ut eam emtor non ignoraverit, veluti si quis hominem luminibus effosis emat, et de sanitate stipuletur: nam de caetera parte corporis potius stipulatus videtur, quam de eo, in quo se ipse decipiebat.“

2) Muß der verborgene Fehler dem Käufer ꝛc. unbekannt gewesen seyn, denn war er ihm früher bekannt, so finden diese Klagen nicht statt,

L. 48. §. 4. D. h. t. (21, 1.)

„In aedilitiis actionibus exceptionem opponi aequum est; si emtor sciret, de fuga aut vinculis, aut caeteris rebus similibus, ut venditor absolvatur.“

3) Muß der Fehler schon zur Zeit des abgeschlossenen Vertrags vorhanden gewesen seyn; ist er erst nachher entstanden, so begründet er die ediktmäßigen Klagen nicht; den Fall jedoch, daß der Verkäufer, Vertauscher auch für alle künftigen Fehler gut gestanden hätte, da hier das jussum promissumve verletzt ist (§. 8. 1.), ausgenommen.

L. 54. D. h. t. (21, 1.)

„Actioni redhibitoriae non est locus, si mancipium bonis conditionibus emtum fugerit, quod ante non fugerat.“

L. 3. C. de aedilit. action. (4, 58.)

„Si apud priorem dominum fugisse mancipium non doceatur: fuga post venditionem interveniens ad damnum emtoris pertinet, sin autem venditor non vitiosum etiam inposterum

fieri servum temere promiserit: quamvis hoc impossibile esse videatur, tamen secundum fidem antecedentis, vel in continenti secuti pacti experiri posse non ambigitur. Posteriores enim casus non venditoris, sed emtoris periculum expectant. Verum cum servum, quem comparaverat, ad eum, qui distraxerat, rediisse contendis: competens judex, perspectis omnibus, pro repertae rei qualitate proferre curabit sententiam." — Daß aber der Fehler nicht erst nach abgeschlossenem Vertrag entstanden, hat der Kläger zu erweisen.

Glück a. a. O. §. 1108. 20r. Thl. S. 58.

4) Der Fehler muß nach abgeschlossenem Vertrag noch vorhanden seyn; ein Fehler, der zwar vor abgeschlossenem Vertrag vorhanden war, aber ganz gehoben ist, begründet die ediktmäßigen Klagen nicht.

L. 16. D. h. t. (21, 1.)

„Quod ita sanatum est, ut in pristinum statum restitueretur, perinde habendum est, quasi nunquam morbosum esset."

L. 17. §. 17.

„Quod ajunt Aediles noxa solutus non sit, sic intelligendum est: ut non hoc debeat pronunciari, nullam eum noxam commisisse, sed illud, noxa solutum esse: hoc est noxali judicio subjectum non esse, ergo, si noxam commisit, nec permanet, noxa solutus videtur."

§. 10.

Die ediktmäßigen Klagen finden aber nicht nur wegen der ediktmäßigen Fehler in der Hauptsache, sondern auch wegen der an den Zugehörungen statt, wenn nehmlich die Zugehörungen in einzelnen

bestimmten Sachen und nicht in einer Sachen-Gesammtheit bestehen, den Fall jedoch, daß auch bey der Sachen-Gemeinheit eine bestimmte anderwärtige Uebereinkunft vorläge, ausgenommen.

L. 31. §. 25. D. h. t. (21, 1.)

„Quod emtioni accedit, partem esse venditionis, prudentibus visum“

L. 32. eodem.

„Itaque sicut superius venditor de morbo vitiove, et ceteris, quae ibi comprehenda sunt, praedicere jubetur: et praeterea in his causis non esse mancipium, ut promittat, praecipitur: ita et cum accedat alii rei homo, eadem et praedicere, et promittere compellitur: quod non solum hoc casu intelligendum est, quo nominatim adjicitur, accessurum fundo hominem Stichum: sed etiam si generaliter omnia mancipia, quae in fundo sint, accedant venditioni.“

L. 33. eodem.

„Proinde Pomponius ait, justam causam esse, ut quod in venditione accessurum esse dictum est, tam integrum praestetur, quam illud praestari debuit, quod principaliter veniit, nam jure civili ut integra sint, quae accessura dictum fuerit, ex emto actio est: veluti si dolia accessura fundo dicta fuerint: sed hoc ita, si certum corpus accessurum fuerit dictum: nam si servus cum peculio venierit, ea mancipia, quae in peculio fuerint, sana esse praestare venditor non debet: quia non dixit, certum corpus accessurum: sed peculium tale praestare oportere: et quemadmodum certam quantitatem peculii praestare non debet, ita nec hoc etc. Pomponius probat et si fundus cum instrumento venierit, et in instrumento mancipia sint: puto

hanc sententiam veram: nisi si aliud specialiter actum esse, proponatur."

§. 11.

Noch ist zu erörtern: welche Rechts-Verhältnisse dann eintreten, wenn der Gegenstand des abgeschlossenen, die ediktmäßigen Klagen begründenden Vertrags eine juridische oder faktische Sachen-Gesammtheit (universitas juris vel facti) ist? Daß nun bey einer rechtlichen Sachen-Gemeinschaft die Fehler der einzelnen Sachen nicht ediktmäßig sind, sondern nur Fehler der Sachen-Gemeinschaft, als solche, zur Sprache kommen können, enthält die

L. 33. pr. D. h. t.

„Eandem rationem facere, Pomponius ait: ut etiam si haereditas, aut peculium servi venierit, locus Edicto Aedilium non sit circa ea corpora, quae sunt in haereditate aut in peculio."

Ist aber die Sachen-Gemeinschaft nur eine faktische, so haftet in der Regel der Verkäufer ꝛc. für die einzelnen Sachen,

L. 38. §. 12. D. h. t.

„Si plura jumenta venierint, non omnia erunt redhibenda propter unius ornamentum: nam et si vitiosum sit unum jugum, non tamen propter hoc caetera juga redhibebuntur. §. 14. Si duo paria mularum sint, et una mula vitiosa sit, vel par; solum par redhibebitur, alterum non: si tamen nondum sint paria constituta, sed simpliciter quatuor mulae uno pretio venierint, unius erit mulae redhibitio, non omnium: nam etsi polia venierit, dicemus, unum equum, qui vitiosus est, non omnem poliam redhiberi oportere. Haec et in hominibus dicemus, pluribus

uno pretio distractis;" — den Fall jedoch ausgenommen:

a) daß die Sachen nicht als Einzelne, sondern als eine Sachen-Gemeinschaft erworben wurden, z. B. ein Zug Pferde rc.

Vgl. hierüber auch Hasse (im Archiv für die civilistische Praxis, 5r. Band, S. 10.)

L. 34. §. 1. D. h. t.

„Interdum etsi in singula capita pretium constitutum sit, tamen una emtio est; ut propter unius vitium omnes redhiberi possint, vel debeant: scilicet, cum manifestum erit, non nisi omnes quem emturum vel venditurum fuisse: ut plerumque circa comoedos, vel quadrigas, vel mulas pares accidere solet, ut neutri non nisi omnes habere expediat."

L. 35. D. eodem.

„Plerumque propter morbosa mancipia etiam non morbosa redhibentur, si separari non possint sine magno incommodo, vel ad pietatis rationem offensam. Quid enim, si filio retento, parentes redhibere maluerint, vel contra? Quod et in fratribus et in personas contubernio sibi conjunctas observari oportet."

L. 38. §. 14.

„Cum autem jumenta paria veniunt, Edicto (vgl. die §. 1. angeführte zweyte Stelle) expressum est, ut cum alterum in ea causa sit, ut redhiberi debeat: utrumque redhibeatur: in qua re tam emtori, quam venditori consulitur, dum jumenta non separantur. Simili modo et si triga venierit, redhibenda erit tota: et si quadriga redhibeatur;" — und

b) daß mehrere Sachen in Einem Preis verkauft, und die Fehlerfreyheit derselben ausdrücklich verspro-

chen wurde, in welchem die ediktmäßigen Klagen auch wegen aller, also auch wegen der Fehlerfreyen stattfinden.

L. 64. §. 1. D. h. t.

„Idem ait, si uno pretio plures servos vendidisti, sanosque esse, promisisti, et pars dumtaxat eorum minus sana sit, de omnibus adversus dictum, promissum recte agi."

§. 12.

Und nun bleiben noch einige andere Fälle uns zu erwägen übrig, nehmlich:

1) Ob der Verkäufer, Vertauscher rc. ausdrücklich im Vertrag sich ausbedingen könne, daß er für keinen Fehler stehe? eine Frage, die uns die

L. 14. §. 9. D. h. t. (21, 1.)

„Si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo, et de caetero sanum esse dixerit, aut promiserit, standum est eo, quod convenit: remittentibus enim actiones suas non est regressus dandus: nisi sciens venditor morbum, consulto reticuit: tunc enim dandam esse de dolo malo replicationem" — beantwortet; es kommt nehmlich hier überall darauf an, ob der Verkäufer, welcher für den Fehler nicht haften wollte, von jenem Fehler wußte oder nicht? indem er im letztern Falle der ausdrücklichen Bedingung unerachtet seiner betrügerischen Absicht (dolus) halber haftet.

§. 13.

Noch ist zu erörtern: wie es dann zu halten seye, wenn nicht derjenige selbst, der die fehlerhafte Sache erworben, sondern ein Anderer Namens seiner den Vertrag abgeschlossen hat? — Hier müssen wir nun wieder unterscheiden:

a) Ob derjenige, welcher den Vertrag abschloß, sich in der Gewalt (in potestate) des Erwerbenden befindet? oder

b) ein freyer selbstständiger Mensch (sui juris) ist? Auf den erstern Fall bezieht sich nun die

L. 51. pr. D. h. t. (21, 1.)

„Cum mancipium morbosum vel vitiosum servus emat, et redhibitoria, vel ex emto dominus experiatur, omnimodo scientiam servi, non domini spectandam esse, ait: ut nihil intersit, peculiari, an domini nomine emerit, et certum incertumve mandante eo emerit: quia tunc et illud ex bona fide est, servum, cum quo negotium sit gestum, deceptum non esse; et rursus delictum ejusdem, quod in contrahendo admiserit, domino nocere debet: sed si servus, mandatu domini, hominem emerit, quem dominus vitiosum esse sciret, non tenetur venditor.“ — Daß nun hierunter, wenn gleich die Stelle nur von Sklaven handelt, auch die Haussöhne zu verstehen seyen, hat

Cujacius ad Africanum, Tract. VIII. ad hanc Leg. (in Oper. Ed. Paris. 1584. Tom. III. p. 200.)

sehr schön erwiesen; und den Beleg hiezu finden wir auch in der

L. 12. D. de contrah. emt. (18, 1.)

„In hujusmodi autem quaestionibus personae ementium et vendentium spectari debent, non eorum, quibus adquiritur ex eo contractu actio: nam si servus meus, vel filius, qui in mea potestate est, me praesente, suo nomine emat, non est quaerendum, quid ego existimem: sed quid ille, qui contrahit.“ — Daß nun aber die angeführte Stelle einen Gegensatz enthalte, ist klar,

aber eben die Frage, worin jener Gegensatz liege, hat verschiedene Auslegungen dieser Stelle erzeugt.

Mühlenbruch in der Cession der Forderungs=Rechte, §. 13. S. 90.

der neueste Ausleger, dessen Meinung übrigens schon

Westphal, vom Kauf ꝛc. §. 403. S. 318.

zu seyn scheint, behauptet, diese Stelle habe folgenden Sinn: Wenn der Sklave die fehlerhafte Beschaffenheit der Sache gekannt habe, so könne der Herr schlechterdings nicht klagen, es möge nun der Sklave nur mit Rücksicht auf sein peculium, oder unmittelbar für seinen Herrn erworben haben. Habe er nur in Hinsicht auf sein peculium den Vertrag abgeschlossen, so werde allein auf sein (des Sklaven) Wissen gesehen; habe er aber unmittelbar für seinen Herrn, d. h. auf dessen Auftrag den Vertrag abgeschlossen, so komme es zugleich auf das Wissen des Herrn an. Er sucht also den Gegensatz darin: ob der Sklave aus Auftrag seines Herrn, oder bloß in Hinsicht auf sein peculium den Vertrag abgeschlossen habe? Allein anderer Meinung ist

Cujacius ad Africanum, Tract. VIII. ad h. l. (l. s. c.) Bachov, ad Treutlerum, Vol. II. Disp. II. Th. 3. l. c. und Glück a. a. O. §. 1108. S. 52.

Sie behaupten nehmlich:

Wenn der Sklave die fehlerhafte Beschaffenheit der Sache gekannt habe, so könne der Herr ohne Unterschied, ob der Sklave bloß in Rücksicht auf sein peculium oder aus seinem Auftrag gehandelt, schlechterdings nicht klagen. Habe aber der Sklave den Fehler nicht gekannt, so entscheide die Wissenschaft des Herrn.

Sie suchen also den Gegensatz zwischen dem Wissen des Sklaven und dem des Herrn, und behaup-

ten, ersteres schade dem Herrn immer, aber das Nichtwissen des Sklaven nütze ihm im Fall eigenen Wissens nicht; und dieser Auslegung trete ich auch als der richtigen bey, weil einmal der Gegensatz natürlicher, und dann sie mit der

L. 13. D. de contrah. emt. (18, 1.)

„Sed si servo meo, vel ei, cui mandavero, vendas sciens fugitivum, illo ignorante, me sciente, non teneri ex emto verum est;“ — durchaus übereinstimmend ist.

Wie es aber in dem Falle zu halten, wenn derjenige, welcher den Vertrag abgeschlossen, ein freyer selbstständiger Mensch war? darüber finden wir freylich nur in Beziehung auf den Sachwalter folgende Gesetzstellen:

L. 5. pr. D. de tribut. act. (14, 4.)

„Procuratoris autem scientiam et dolum nocere debere domino, neque Pomponius dubitat, nec nos dubitamus;“ — und

L. 22. §. 5. D. de liber. causa (40, 12.)

„Sed si per procuratorem scientem quis emerit, ei nocet: sicuti tutoris quoque scientiam nocere Labeo putat;“ — nach welchen also die Wissenschaft des Sachwalters dem Gewaltgeber unbedingt schadet. Allein ob die Wissenschaft des Gewaltgebers auch dem Sachwalter schade, und ob diesem sein eigenes Wissen schade, darüber enthält die

L. 51. §. 1. D. h. t. (21, 1.)

folgendes:

„Circa procuratoris personam, cum quidem ipse scierit morbosum, vitiosum esse, non dubitandum, quin, quamvis ipse domino mandati vel negotiorum gestorum actione sit obstrictus, nihilomagis eo nomine agere possit: ut cum ipse ignorans esse vitiosum, mandatu

domini, qui id sciret, emerit, et redhibitoria agat, ex persona domini utilem exceptionem ei non putabat opponendam.“

Daß nun der erste Theil bis „at“ den Sinn hat, daß dem Sachwalter oder Geschäfts-Führer, wenn er gleich dem Gewaltgeber oder demjenigen, dessen Geschäft er geführt hat, verantwortlich seye, sein eigenes Wissen immer schade, ist unbestritten, denn daß der Satz „quin etc.“ in Verbindung mit dem „nihilo magis“ negativ zu verstehen seye, erhellt schon aus dem grammatikalischen Princip der lateinischen Sprache, nach welchem immer eine doppelte Verneinung bejaht, hier aber nur dann, wenn statt „nihilomagis“ es „nihilominus“ hiesse, ein bejahender Satz erscheinen würde. Allein der zweyte Satz verdient eine genauere Erläuterung: Er sagt nehmlich einmal deutlich, daß dem Gewaltgeber, oder dem, dessen Geschäfte besorgt wurden, die Klagen nicht zustehen, wenn er selbst die fehlerhafte Beschaffenheit der Sache gekannt habe, allein dem Sachwalter schade das Wissen des Gewaltgebers nicht, wenn er diese Klage anstelle; daß hier aber nur von dem Fall die Rede seyn kann, wenn der Sachwalter die Klagen für sich, seines eigenen Interesse halber, weil er etwa von dem Gewaltgeber nicht entschädigt werden könnte, nicht wenn er sie für den Gewaltgeber anstellt, handle, liegt wohl in der Natur der Sache, denn nur dem Sachwalter sollte das Wissen des Gewaltgebers nicht schaden, letzterem müßte es immer schaden; und so haben auch richtig

Glück a. a. O. §. 1108. 20r. Thl. S. 56. u. Mühlenbruch a. o. a. O. Not. 41. S. 91.

diese Stelle erklärt.

§. 14.

Ueber die Rechts-Verhältnisse, wenn der vertragenden Theile nicht bloß zwey, sondern mehrere sind, ist folgendes zu bemerken:

a) können es nehmlich Mehrere, welche die Sache erworben haben, oder

b) Mehrere, von welchen die Sache erworben wurde, seyn. Im ersten Falle nun findet folgendes statt:

1) Wenn mehrere Einzelne eine Sache theilweise an sich gebracht haben, so steht Jedem die ediktmäßige Klage rücksichtlich seines Antheils zu.

L. 31. §. 10. D. h. t. (21, 1.)

„Item si plures singuli partes ab uno emant, *tunc pro parte* quisquis eorum experietur.“

2) Haben aber Mehrere die Sache vereint an sich gebracht, oder hinterläßt derjenige, welcher ursprünglich die Sache an sich brachte, mehrere Erben, so müssen alle in die Anstellung der ediktmäßigen Klagen einwilligen.

L. 31. §. 5. D. h. t.

„Si plures haeredes sint emtoris, an omnes ad redhibendum consentire debeant, videamus? Et ait Pomponius, omnes consentire debere ad redhibendum, dareque unum procuratorem: ne forte venditor injuriam patiatur, dum ab alio partem recipit hominis, alii in partem pretii condemnatur, quanti minoris is homo sit. §. 7. Marcellus quoque scribit, si servus communis servum emerit, et sit in causa redhibitionis, *unum ex dominis pro parte sua redhibere servum non posse:* non magis, inquit, quam cum emtori plures haeredes extiterunt, nec omnes ad redhibendum consentiunt.“

3) Besteht aber zwischen Mehreren, welche die Sache an sich gebracht haben, ein Gesammt- (solidarisches) Verhältniß, so daß sie Einer für Alle und Alle für Einen stehen, so kann sich Jeder für sich der ediktmäßigen Klagen bedienen.

L. 31. §. 10. D h. t.

„Si in solidum emant, unusquisque in solidum redhibebit.“ — Sind es aber nach b)

Mehrere, von welchen die Sache erworben wurde, so können wieder

1) diese Mehrere, Jeder einzeln seinen Theil abgegeben haben, dann finden wieder gegen jeden Einzelnen dieses Theils halber die ediktmäßigen Klagen statt.

L. 31. §. 10. D. h. t.

„Si partes emtae sint à singulis, recte dicetur, alteri quidem posse redhiberi, cum altero autem agi quanti minoris.“

2) Haben aber Mehrere eine gemeinschaftliche Sache mit einander veräussert, oder hat der ursprüngliche Veräusserer mehrere Erben hinterlassen, so haftet Jeder nur für seinen Antheil.

L. 31. §. 10. D. h. t.

Si venditori plures haeredes extiterint, singulis pro portione haereditaria poterit servus redhiberi: et si servus plurium venierit, idem erit dicendum.“ — Zwar wollen mehrere ältere von

Glück a. a. O. §. 1111. Anmerk. 62. 20r. Thl. S. 111.

angeführte Schriftsteller und er selbst behaupten, daß, wenn Mehrere eine gemeinschaftliche Sache miteinander veräussert haben, die ediktmäßigen Klagen gegen jeden Einzelnen, welcher entweder den größten Theil, oder doch keinen geringern als die Andern besitze, al-

lein gerichtet werden können; und sie gründen ihre Meinung auf die

L. 44. §. 1. D. h. t.

„Proponitur actio ex hoc Edicto in eum, cujus maxima pars in venditione fuerit: quia plerumque venalitiarii ita societatem coëunt, ut quicquid agunt, in commune videantur agere: aequum enim Aedilibus visum est, vel in unum ex his, cujus major pars, aut nulla parte minor esset, aedilitias actiones competere: ne cogeretur emtor cum multis litigare: quamvis actio ex emto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt: nam id genus hominum ad lucrum potius, vel turpiter faciendum, pronius est.“ — Allein daß diese Gesetzstelle einzig auf die Römischen Sklavenhändler zu beschränken, heutzutage also nimmer anwendbar seye, bin ich, da sie ihrem klaren Inhalt nach auf sie, ihr Gewerbe und ihre Charakteristik berechnet ist, mit

Hufeland, Lehrbuch des Civil-Rechts, 2r. Band. §. 2014. Westphal, Lehre vom Kauf 2c. §. 532. S. 400. u. Thibaut, System des Pandecten-Rechts, §. 193. 1r. Thl. S. 149.

überzeugt.

§. 15.

Welche Wirkungen nun die ediktmäßigen Klagen in Hinsicht auf den Kläger und den Beklagten haben, verdient noch eine genauere Untersuchung. Zum Behuf dieser Untersuchung müssen wir nun offenbar die Rücknahms- und die Minderungs-Klage von einander trennen. Was nun

a) die Rücknahms-Klage betrifft, so hat diese für den Kläger folgende Wirkungen:

1) muß der Kläger die Sache, wenn der Beklagte nicht wissentlich eine fehlerhafte Sache an ihn veräussert hat, noch besitzen, denn, wenn er sie nimmer ohne seine Schuld besitzt, so kann er die Klage nie anstellen, vielweniger also, wenn die Sache durch seine Schuld, Veräusserung rc. weggekommen ist. Hat aber der Beklagte den Fehler der Sache gekannt und verschwiegen, so genügt es, wenn er ihm dafür Sicherheit leistet, daß er die Sache in seine Hände schaffen wolle. Nur zufälliger Untergang der Sache schadet nichts.

L. 21. §. 3. D. h. t.

„Idem Pomponius ait, futuri temporis cautionem ei qui sciens vendidit, fieri solere. Si in fuga est homo sine culpa emtoris, et nihilominus condemnatur venditor: tum enim cavere oportere, ut emtor hominem persequatur, et in sua potestate redactum venditori reddat.“

L. 22.

„Et neque per se, neque per haeredem suum futurum, quo minus eum hominem venditor habeat.“

L. 47. D. h. t.

„Si hominem emtum manumisisti, et redhibitoriam et quanti minoris denegandam tibi Labeo ait: sicut duplae actio periret: ergo et quod adversus dictum promissumve sit, actio peribit. §. 1. Post mortem autem hominis aedilitiae actiones manent.“

L. 48.

„Si tamen sine culpa actoris, familiae ejus, vel procuratoris, mortuus sit.“

Daß übrigens dem Fall der Veräusserung auch derjenige gleich zu stellen ist, wenn der Kläger die Sache

so umgewandelt hat, daß sie eine ganz andere Sache geworden ist, gebe ich

Glück a. a. O. §. 1114. 20r. Thl. S. 169. und Thibaut, System des Pandecten-Rechts, §. 195. 1r. Thl. S. 150.

gar gerne zu.

L. 5. C. de aedilit. action. (4, 58.)

„Habito semel bonae fidei contractu" — (daß hier die Worte „bonae fidei" nicht auf „contractu" zu beziehen seyen, und soviel als „bona fide" heissen, erhellt aus der Uebersetzung der Basiliken γενουμένου ἅπαξ πίστει καλῇ τοῦ συναλλάγματος (Ed. Fabrotti p. 402. et 406. not. k.) — mancipio suscepto, et pretio soluto, ita demum repetendi pretii potestas est ei, qui mancipium comparavit, largienda: si illud, quod dixerit fugitivum, poterit exhibere."

2) Der Kläger muß die Sache zurückgeben,

vgl. die §. 5. abgedruckte L. 21. D. h. t.

allein nicht nur die Sache, sondern

3) alle ihre Zugehörungen.

L. 32. §. 2. D. h. t.

„Jubent Aediles restitui, et quod venditioni accessit, et si quas accessiones ipse praestiterit, ut uterque resoluta emtione, nihil amplius consequatur, quam non haberet, si venditio facta non esset."

L. 31. §. 19. D. h. t.

„Restitui autem debet per hanc actionem, etiam quod ei servo in venditione accessit."

L. 33. §. 1. D. h. t.

„Si vendita res redhibeatur, servus quoque, qui ei rei accessit, licet nullum in eo vitium sit, redhibetur."

4) Die von der Sache bezogenen, oder von ihm vernachläßigten Früchte, und jeden in Beziehung auf die Sache gemachten, oder von ihm vernachläßigten Gewinn, ohne Rücksicht, ob der Beklagte, wenn er die Sache nicht weggegeben hätte, dieß hätte erwerben können oder nicht;

vgl. die unten §. 16. abgedruckte L. 30. §. 1. D. h. t.

nur für die ihm von der Sache, z. B. einem Pferde, geleisteten Dienste ersetzt er nichts.

vgl. die §. 1. abgedruckte 1ste Stelle des Edikts.

L. 23. §. 9. D. h. t.

„Cum redhibetur mancipium, si quid ad emtorem pervenit, vel culpa ejus non pervenit, restitui oportet: non solum si ipse fructus percepit, mercedesve à servo, vel conductore servi accepit, sed etiam si à venditore fuerit idcirco consecutus, quod tardius ei hominem restituit, sed et si à quovis alio possessore fructus accepit emtor, restituere eos debebit. Sed et si quid fructuum nomine consecutus est, id praestet. Item si legatum, vel haereditas servo obvenerit. Neque refert, potuerit haec consequi venditor, an non potuerit, si servum non vendidisset. Ponamus enim, talem esse, qui capere aliquid ex testamento non potuerat: nihil haec res nocebit. Pedius quidem etiam illud non putat esse spectandum, cujus contemplatione testator servum haeredem scripserit, vel ei legaverit: quia, etsi venditio remansisset, nihil haec res emtori proderat: et per contrarium, inquit, si contemplatione venditoris institutus tamen proponeretur, tamen diceremus, restituere emtorem non debere venditori, si nollet eum redhibere."

L. 43. §. 5. D. h. t. (21, 1.)

„Si quis servum emerit, et rapto eo, vi bonorum raptorum actione quadruplum consecutus est, deinde servum redhibeat, reddere debebit, quod accepit: sed si per eum servum injuriam passus, injuriae nomine egerit, non reddet venditori: aliter forsitan atque si loris ab aliquo caeso, aut quaestione de eo habita, emtor egerit.“ — Er muß

5) die Sache unverdorben zurückgeben. Für alle Verderbnisse, die der Sache durch irgend eine Schuld (omnis) von seiner, seiner Hausgenossen, seines Sachwalters, oder Vormunds Seite zugefügt worden sind, haftet er in so weit, als er hiefür einen Ersatz zu leisten hat, der aber, wenn der Dritte, Sachwalter ꝛc. die Verderbniß veranlaßt hat, in Abtretung der Klagen gegen diesen besteht.

L. 23. pr. D. h. t.

„Cum autem redhibitio fit, si deterius mancipium sive animo, sive corpore ab emtore factum est, praestabit emtor venditori: utputa si stupratum sit, aut saevitia emtoris fugitivum esse coeperit: et ideo, inquit Pomponius, ut ex quacunque causa deterius factum sit, id arbitrio judicis aestimetur, et venditori praestetur.“

L. 25.

„Aediles etiam hoc praestare emtorem volunt, si in aliquo deterior factus sit servus: sed ita demum, si post venditionem, traditionemque factus sit: caeterum si ante fuit, non pertinet ad hoc judicium, quod ante factum est. §. 1. Sive ergo ipse deteriorem eum fecit, sive familia ejus, sive procurator tenebit actio.

§. 2. Familiae appellatione omnes, qui in servitio sunt, continentur: etiam liberi homines, qui ei bona fide serviunt, vel alieni: accipe eos quoque, qui in potestate ejus sunt. §. 3. Procuratoris fit mentio in hac actione: sed Neratius procuratorem hic eum accipiendum ait, non quemlibet, sed cui universa negotia, aut id ipsum, propter quod deterius factum sit, mandatum est. §. 4. Pedius ait, aequum fuisse, id duntaxat imputari emtori ex facto procuratoris et familiae, quod non fuit passurus servus, nisi ei venisset: quod autem passurus erat, etiam si non venisset, in eo concedi emtori servi sui noxae deditionem: *et ex eo, inquit, quod procurator commisit, solum actionum praestandarum necessitatem ei injungi.* §. 5. Quid ergo, si culpa, non etiam dolo emtoris servus deterior factus sit. Aeque condemnabitur. §. 6. Hoc autem, quod deterior factus est servus, non solum ad corpus, sed etiam ad animi vitia referendum est: utputa si imitatione conservorum apud emtorem talis factus est: aleator forte, vel vinarius, vel erro evasit."

L. 31. D h. t.

„§. 11. Si mancipium, quod redhiberi oportet, mortuum erit, hoc quaeretur, numquid culpa emtoris, vel familiae ejus, vel procuratoris homo demortuus sit: nam si culpa ejus decessit, pro vivo habendus est: et praestentur ea omnia, quae praestarentur, si viveret. §. 12. Culpam omnem accipiemus, non utique latam: propter quod dicendum est, quamcunque occasionem morti emtor praestitit, debere eum: etiam si non adhibuit medicum, ut sa-

nari possit, vel malum adhibuit, sed culpa sua. §. 14. Quod in procuratore diximus, idem et in tutore et curatore dicendum erit, caeterisque qui ex officio pro aliis interveniunt, et ita Pedius ait, et adjicit, quibus administratio rerum (hier ist offenbar in dem Florentinischen Codex etwas ausgelassen, auch hat hier der Erlanger concessa est), culpam abesse praestare non inique dominum cogi. §. 15. Idem Pedius ait: familiae appellatione et filiosfamilias demonstrari: facta enim domesticorum, redhibitoria agentem praestare voluit.“ — Mehrere Erben des Verstorbenen haften zwar in der Regel für die Verschlechterung der Sache nur nach ihren Erbtheilen, rührt aber diese nur von Einem her, so haftet dieser allein.

L. 31. §. 6. D. h. t.

„Et si quo deterior homo factus est, pro parte praestabitur ab ipsis. §. 9. Pomponius ait, si unus ex haeredibus, vel familia ejus, vel procurator, culpa vel dolo fecerit rem deteriorem, aequum esse, in solidum eum teneri arbitrio judicis: hoc autem expeditius esse, si omnes haeredes unum procuratorem ad agendum dederunt: tunc et si quo deterior servus culpa unius haeredum factus est, et hoc solutum est, caeteri familiae erciscundae judicium adversus eum habent, quia propter ipsum damnum sentiunt impediunturque redhibere.“ Für bloße Zufälle haftet aber der Kläger nicht.

L. 47. §. 1. D. h. t.

„Post mortem autem hominis aedilitiae actiones manent.“

L. 48. pr.

„Si tamen sine culpa actoris, familiaeque ejus, vel procuratoris mortuus sit."

Mit dieser Stelle scheint nun freylich die oben abgedruckte L. 31. §. 11. in geradem Widerspruch zu stehen, allein jene Stelle ist sicher fehlerhaft, und zwischen die Worte „si culpa ejus" gehört sicher „sine" hinein, und wie leicht konnte dieses „sine" aussen bleiben, da in den alten Manuscripten „si und sine" oft nur mit dem s geschrieben wurden.

vgl. Caji Institut. Ed. Goeschen. Berol. 1820. Index Siglarum, p. CXXXVI.

hier also nur ein s übersehen wurde;

L. 46. D. h. t.

„Cum mihi redhibeas, furtis noxisque solutum esse, promittere non debes, praeterquam, quod jussu tuo fecerat, aut ejus, cui tu eum alienaveris."

6) Muß endlich der Kläger die Sache von allen von ihm darauf gelegten Lasten, Pfand-Recht, Dienstbarkeit ꝛc. befreyen, auch kann der Beklagte dießfalls Sicherheits-Leistung verlangen.

L. 21. §. 1. D. h. t.

„Cum redditur ab emtore mancipium venditori, de dolo malo promitti oportere ei, Pomponius ait: et ideo cautiones necessarias esse: ne forte aut pignori datus sit servus ab emtore, aut jussu ejus furtum sive damnum cui datum sit."

L. 43. §. 8. D. h. t.

„Pignus manebit obligatum, etiamsi redhibitus fuerit servus: quemadmodum si eum alienasset, aut usumfructum ejus, non recte redhibetur, nisi redemtum sit et pignore liberatum."

7) Muß er vor Anstellung der Klage alles dasjenige leisten, was er dem Beklagten zu leisten hat, widrigenfalls ihm dieser die Einrede der noch nicht erfüllten Leistung (nondum factae praestationis) entgegensetzen könnte. Nur wenn der Beklagte ganz unbemittelt ist, genügt es, wenn der Kläger bey Anstellung der Klage dafür Sicherheit leistet, daß er, wenn der Beklagte, was ihm zu leisten obgelegen, geleistet habe, die Sache zurückgeben wolle.

L. 25. §. 10. D. h. t.

„Ordine fecerunt Aediles, ut ante venditori emtor ea omnia, quae supra scripta sunt, praestet: sic deinde pretium consequatur.“

L. 26.

„Videamus tamen, ne iniquum sit, emtorem compelli dimittere corpus, et ad actionem judicati mitti, si interdum nihil praestatur propter inopiam venditoris, potiusque res ita ordinanda sit, ut emtor caveat, si intra certum tempus pecunia sibi soluta sit, se mancipium restituturum.“

L. 29.

Illud sciendum est, si emtor venditori haec non praestat, quae desiderantur in actione, non posse ei venditorem condemnari etc.“

Stellt der Hausvater in einem Fall, wo der mit einem peculium versehene Haussohn den Vertrag abgeschlossen hat, die Klage an, so hat er Alles, und nicht bloß, in so weit das peculium zureicht, zu leisten.

L. 57. pr. D. h. t.

„Si servus mancipium emit, et dominus redhibitoria agat, non aliter ei venditor daturus est, quam si omnia praestiterit, quae huic actioni

continentur: et quidem solida, non peculiotenus. Nam etsi ex emto dominus agat, nisi pretium totum solverit, nihil consequitur.“

§. 16.

Für den Beklagten aber hat diese Klage folgende Wirkungen: Der Beklagte muß

1) was er für die Sache erhielt, nebst Zinsen, und was ihm der Kläger etwa noch weiter gegeben hatte, oder was der Kläger aus Gelegenheit jenes Vertrags aufzuwenden hatte (z. B. Accise, Erkenn-Gebühr, Weinkauf rc.) erstatten. Was hingegen der Kläger aus bloßer Freygebigkeit und aus freyen Stücken gab, erstattet er nicht.

L. 27. D. h. t.

„Debet autem recipere pecuniam, quam dedit pro eo homine, vel si quid accessionis nomine. Dari autem non id solum accipiemus, quod numeratur venditori, utputa pretium, et usuras ejus: *sed et si quid emtionis causa erogatum est:* hoc autem ita demum deducitur, si ex voluntate venditoris datur: ceterum, si quid sua sponte datum esse proponatur, non imputabitur. Quid ergo, si forte vectigalis nomine datum est, quod emtorem forte sequeretur? Dicemus hoc quoque restituendum: indemnis enim emtor debet discedere.“

L. 29. §. 2.

„Condemnatio autem fit, quanti ea res erit: ergo, excedet pretium, an non, videamus. Et quidem continet pretium, accessionesque: an et usuras pretii consequatur, quasi, quod sua intersit, debeat accipere, maxime cum fructus quoque ipse restituat? Et placet consecuturum.“

Muß der Beklagte von mehreren weggegebenen Dingen nur einige zurücknehmen, so kommt es darauf an, ob für jede Einzelne ein besonderer Preis bestimmt worden, oder ob er sie in Einem Gesammt-Preis weggegeben hat. Im erstern Falle ersetzt er nur denjenigen Preis, der für die zurückgegebenen einzelnen Sachen bestimmt ist; im letzten Falle aber bleibt ni ts übrig, als sämmtliche mit einander weggegebenen Sachen zu schätzen, und durch diese Schätzung den Werth der zurückgegebenen Sachen zu bestimmen.

L. 36. D. h. t.

„Si plura mancipia uno pretio venierint, et de uno eorum aedilitia actione utamur, ita demum pro bonitate ejus aestimatio fiet, si confuse universis mancipiis constitutum pretium fuerit. Quod si singulorum mancipiorum constituto pretio, universa tanti venierunt, quantum ex consummatione singulorum fiebat, tunc cujusque mancipii pretium, seu pluris, seu minoris id esset, sequi debemus.“

L. 64.

„Labeo scribit, si uno pretio plures servos emisti, et de uno agere velis, interaestimationem servorum proinde fieri debere, atque ut fieret in aestimationem bonitatis agri, cum ob evictam partem fundi agatur.“

2) Muß er, wenn ihm der Fehler der Sache bekannt war, und er ihn verschwiegen, die auf die Sache verwandten nothwendigen Kosten und die dem Kläger durch den Vertrag oder die Sache zugefügten Schäden unbedingt ersetzen; war er aber ihm (dem Beklagten) nicht bekannt, so kann er sich dieses Ersatzes durch Ueberlassung der Sache nebst Erstattung des Preises (oben 1.) entledigen. Die Fütterungs-Kosten sind

übrigens kein Gegenstand des Ersatzes, da auch der Beklagte nichts für die dem Kläger geleisteten Dienste der Thiere erhält (vgl. oben §. 15. 1.).

L. 29. §. 3. D. h. t.

„Si quid tamen damni sensit, vel si quid pro servo impendit, consequetur arbitrio judicis: sic tamen, non ut ei horum nomine venditor condemnetur, ut ait Julianus: sed ne alias compellatur hominem venditori restituere, quam si eum indemnem praestet.“ — (Nach den Grundsätzen des jetzigen gerichtl. Verfahrens müßte jedoch hierüber nur alternativ erkannt, und der nicht dolose Beklagte entweder zur Erstattung der Kosten und Schäden, oder statt derselben zur Ueberlassung der Sache an den Kläger verurtheilt werden.)

L. 30. §. 1. D. h. t.

„Quas impensas *necessario* in curandum servum post litem contestatam emtor fecerit, imputabit: sed cibaria servo data non esse imputanda Aristo ait: nam nec ab ipso exigi, quod in ministerio ejus fuit.“ — Auf diese Stelle gründe ich nun auch meine Behauptung, daß bloß nothwendige Kosten ersetzt werden dürfen, gegen

Glück a. a. O. §. 1111. 20r. Thl. S. 84. und Thibaut, System des Pandecten-Rechts, §. 195. 1r. Thl. S. 150.

welche nichts als die so eben abgedruckte sehr schwankende L. 29. §. 3. D. h. t. vor sich haben.

L. 23. §. 8. D. h. t.

„Quare sive emtori servus furtum fecerit, sive alii cuilibet, ob quod furtum emtor aliquid praestiterit, non aliter hominem venditori restituere jubetur, quam si indemnem eum praestiterit. Quid ergo, inquit Julianus, si nolue-

rit venditor hominem recipere? non esse cogendum, ait, quicquam praestare: nec amplius, quam pretio condemnabitur: et hoc detrimentum sua culpa emtorem passurum, qui cum posset hominem noxae dedere, maluerit litis aestimationem sufferre. Et videtur mihi Julianus sententia humanior esse."

L. 31. pr.

„Quod si nolit venditor hominem recipere, non in majorem summam, inquit, quam in pretium ei condemnandum. Ob haec ergo, quae propter servum damna sensit, solam dabimus ei corporis retentionem, caeterum poterit evitare praestationem venditor, si nolit hominem recipere: quo facto, pretii praestationem, eorumque, quae pretium sequuntur, solam non evitabit."

L. 58. pr.

„Quaero, an, si servus apud emtorem fugit, et in causa redhibitionis esse pronunciatus fuerit, non prius venditori restitui debeat, quam rerum ablatarum à servo aestimationem praestiterit? Paulus respondit, venditorem cogendum non tantum pretium servi restituere, sed etiam rerum ablatarum aestimationem: nisi si pro his paratus sit, servum noxae nomine relinquere. §. 1. Item quaero, si nolit aestimationem, et pretia rerum restituere, an servus retinendus sit, et danda sit actio de peculio, vel de pretio redhibiti servi ex duplae stipulatione? Paulus respondit, de pretio servi repetendo competere actionem, etiam ex duplae stipulatione. De rebus per furtum ablatis jam responsum est."

L. 1. C. de aedilitiis actionibus (4, 58.)

„*Si non simpliciter, sed consilio fraudis* servum tibi nescienti fugitivum, vel alio modo vitiosum quis vendidit, isque idem fugitivus abest, non solum in pretium servi venditorem conveniri, sed etiam damnum, quod per eum tibi accidit, competens judex, ut jam pridem placuit, praestari jubebit.“

Daß zwischen dem dolosen und nicht dolosen Beklagten der oben angegebene Unterschied stattfinde, erhellt auch ausser den hier angeführten Stellen aus der

L. 13. D. de act. emti et vend. (19, 1.)

Ganz nach diesen Grundsätzen muß aber auch entschieden werden, wenn die Sache dem Kläger als fremdes Eigenthum entwährt wurde.

L. 44. §. 2. D. h. t.

„In redhibitoria vel aestimatoria potest dubitari, an, quia alienum servum vendidit, et ob evictionem et propter morbum forte, vel fugam simul teneri potest: nam potest dici, nihil interesse emtoris, sanum esse, fugitivum non esse eum, qui evictus sit? Sed interfuit emtoris, sanum possedisse propter operas: neque expostfacto decrescat obligatio: statim enim, ut servus traditus est, committitur stipulatio, quanti interest emtoris (vgl. §. 12.).“

3) muß er endlich den Kläger von allen Verbindlichkeiten, die er des Vertrags oder der Sache halber eingegangen hat, befreyen.

L. 29. §. 1. D. h. t.

„Item emtori praestandum est, ut pecuniae, cujus nomine obligatus erit, liberetur: sive ipsi venditori obligatus sit, sive etiam alii.“ — Endlich aber müssen der Kläger und der Beklagte, wenn

ein Rechts-Streit mit einem Dritten der Sache halber obschwebt, sich darüber Sicherheit bestellen, daß

1) der Kläger dasjenige, was er etwa aus jenem Rechts-Streit erhalten würde, dem Beklagten zustellen, oder ihn, wenn er durch seine Schuld nichts erhielte, entschädigen wolle;

2) der Beklagte aber, daß er ihn (den Kläger), wenn er in jenem Rechts-Streit unterliegen würde, entschädigen wolle.

L. 21. §. 2. D. h. t.

„Idem Pomponius ait, interdum etiam dupliciter cautiones interponi debere: alias in praeteritum, alias in futurum: utputa si ejus servi nomine, qui redhibetur, emtor procuratorve ejus judicium accepit, vel quod cum eo ageretur, vel quod ipse ejus nomine ageret. Cavendum autem esse ait, si quid sine dolo malo emtor condemnatus fuerit, aut dederit, his rebus recte praestari: vel si quid ex eo, quod egerit, ad eum pervenerit, dolove malo, vel culpa ejus factum sit, quo minus perveniret, iisdem diebus reddi.“

L. 30. pr.

„Item si servi redhibendi nomine emtor judicium accepit, vel ipse ejus nomine dictavit, cavendum ex utraque parte erit, ut si quid sine dolo malo condemnatus sit, vel si quid ex eo, quod egerit, ad eum pervenerit, dolove malo ejus factum sit, quo minus perveniret, id reddat.“

Sollte jedoch noch heut zu Tage der Fall vorkommen, daß ein Haussohn ein peculium besäße, so leistet er nur in so weit einen Ersatz, als das peculium zureicht; die Forderungen des Vaters aber gehen un-

bedingt vor; auch kann die Klage dann nimmer mit Wirkung angestellt werden, wenn ihm der Vater, jedoch in gutem Glauben, das peculium entzogen hat.

L. 57. §. 1. D. h. t.

„Quod si servus vel filius vendiderit, redhibitoria in peculium competit: in peculio autem et causa redhibitionis continebitur: nec nos moveat, quod antequam reddatur servus, non est in peculio: non enim potest esse in peculio servus, qui adhuc emtoris est: sed causa ipsius redhibitionis in peculio computatur: igitur si servus decem millibus emtus, quinque millibus sit, haec quoque in peculio esse dicemus. Hoc ita, si nihil domino debeat, aut ademtum peculium non est. Quodsi plus domino debeat, eveniet, ut hominem praestet, et nihil consequatur.“ — (Daß aber die ademtio peculii in gutem Glauben und nicht bloß in der Absicht, die Klage zu vereiteln, geschehen seyn müsse, geben wir

Glück a. a. O. §. 1111. 20r. Thl. S. 104.

recht gerne zu.)

§. 17.

b) Die Minderungs-Klage betreffend, so setzt auch diese voraus, daß der Kläger die Sache nicht veräusſert habe, oder daß sie nicht durch seine Schuld zernichtet, oder so umgeschaffen wurde, daß sie eine ganz andere Sache ist; aber auch hier schadet zufälliger Untergang der Sache an und für sich nichts, aber zufälliger Weise kann er schaden, wenn der Beweis des Minder-Werths nicht mehr geführt werden kann (vgl. oben §. 15. a. 1.) Bey der Minderungs-Klage wird nun bloß das in Betracht gezogen, um was die Sache jenes Fehlers halber, wenn ihn der Kläger ge-

wußt hätte, weniger werth gewesen, was also auch der Kläger weniger für dieselbe bezahlt haben würde, wobey, wenn mehrere Sachen, welche bloß als ein Ganzes gekauft wurden (z. B. ein Zug Pferde, vgl. oben §. 11.), verkauft wurden, nicht bloß der Minder-Werth der einzelnen Sache, sondern der Minder-Werth des Ganzen durch den Fehler der einzelnen Sache zu berücksichtigen ist.

L. 38. §. 13. D. h. t.

„Si forte jugum mularum sit, quarum altera vitiosa est, non ex pretio tantum vitiosae, sed ex utriusque erit componendum, quanti minoris sit: cum enim uno pretio utraeque venierint, non est separandum pretium, sed quanto minoris, cum veniret, utrumque fuit, non alterum, quod erat vitiosum.“ — Hier fragt sich nun aber: wie der Minder-Werth bestimmt werde, ob bloß durch gerichtliche mittelst des Gutachtens Sach-Verständiger vorgenommene Schätzung, oder ob der Kläger den Minder-Werth beschwören könne? Hier müssen wir uns nun, da bestimmte Gesetze nichts hierüber verordnen, an die allgemeinen Rechts-Grundsätze halten, nach welchen nur dann, wenn der Beklagte den Fehler kannte, oder seine Unkenntniß wenigstens bloß von grober Nachläßigkeit (culpa lata) herrührt, die Beschwörung des Minder-Werths stattfinden kann, in allen übrigen Fällen aber gerichtliche Schätzung stattfinden muß.

L. 2. §. 1. D. de in litem jurando (12, 3.)

„Interdum, quod intersit agentis, solum aestimatur, veluti cum culpa non restituentis, vel non exhibentis punitur: cum vero dolus aut contumacia non restituentis, vel non exhibentis, quanti in litem juraverit actor.“

L. 4. §. 4.

„Ex culpa autem non esse, jusjurandum deferendum, constat: sed aestimationem à judice faciendam.“

L. 5. §. 3.

„Sed in his omnibus ob dolum solum in litem juratur, non etiam ob culpam haec enim judex aestimat.“

L. 2. C. de in lit. jurando (5, 53.)

„Sin vero neque dolus, neque lata culpa, neque fraus convincitur, omissa jurisjurandi facultate, judex de veritate cognoscet: quae etiam argumentis liquidis investigari potest.“

vgl. auch Glück a. a. O. §. 814. 12r. Thl. S. 455. ff. und Gensler (im juridischen Archiv, 4r. Thl. S. 293. ff.)

Daß nun, wenn die Sache durchaus keinen Werth hat, der Richter auf Rücknahme der Sache nicht nur erkennen könne, sondern auch erkennen müsse, habe ich (oben §. 7.) bereits bemerkt, und nur eines Streits habe ich hier noch zu erwähnen. Es behauptet nehmlich

Westphal, vom Kauf, §. 546. S. 410.

daß, wenn die Minderungs-Klage angestellt werde, der Beklagte die Sache zurückgeben könne, um sich von jener zu befreyen; und

Schweppe, Handbuch des Römischen Privat-Rechts, §. 433. 2te Aufl. S. 268.

meint, es seye diß wenigstens der Fall, wenn der Beklagte durch die Werths-Verminderung zu großen Schaden leide. Allein in der oben (§. 7.) abgedruckten

L. 43. §. 6. D. h. t.

liegt dieß einmal nicht, denn diese macht dem Richter zur Pflicht, nur dann auf Rücknahme zu erkennen, wenn die Sache gar nichts taugt; sie beziehen sich ferner auf die

L. 25. §. 1. D. de except. rei jud. (44, 2.)

„Est in potestate emtoris, intra sex menses redhibitoria agere mallet, an ea, quae datur, quanti minoris homo, cum veniret, fuerit. Nam posterior actio etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor emturus non fuerit." — Diese Stelle stimmt nun aber offenbar ganz mit der L. 43. §. 6. D. de aedil. ed. (21, 1.) überein, denn die Worte „ut eum ob id actor emturus non fuerit" wollen doch offenbar so viel heissen, wenn ein solcher Fehler vorhanden ist, wegen welchem der Kläger gar nicht gekauft haben würde, also ein solcher Fehler, der die Sache ganz unbrauchbar macht, wie auch aus der

L. 48 §. 1. D. h. t.

„Audiendus est is, qui de vitio vel morbo servi querens, retinere eum velit" — zu ersehen, wo dem Kläger, jenen Fall gänzlicher Unbrauchbarkeit der Sache ausgenommen, durchaus die Wahl zwischen der Rücknahms- und Minderungs-Klage freygelassen ist. Allein Westphal setzt auch wirklich den Grund seiner Behauptung zunächst und einzig auf eine Stelle in

Paulus. Recept. sentent. L. 2. tit. 17. §. 6, (Schultingii Jurisprud. Antejustinianea. Lips. 1737. p. 293.)

„Si ut servum quis pluris venderet, de artificio ejus, vel peculio mentitus est, actione ex emto conventus, quanto minoris valuisset, emtori praestare compellitur, nisi paratus sit eum redhibere;" — und

Glück a. a. O. §. 1113. 20r. Thl. S. 147.

meint wirklich, daß die Meinung Westphals wohl die richtigere seyn möchte, wenn jene Stelle in das Corpus juris aufgenommen wäre; allein daß auch dann, wenn sie in dasselbe aufgenommen wäre, sie

durchaus nicht zum Beleg des vorliegenden Satzes dienen könnte, hat schon

Noodt, de forma emend. doli mali cap. IX. (in Opp. p. 320.)

und neuestens

Neustetel a. o. a. O. S. 247.

erwiesen, denn da „redhibere" nach der §. 5. abgedruckten L. 21. pr. D. h. t. nichts anders als „reddere" bedeutet, so können offenbar auch die Worte „nisi paratus sit" niemals auf den Beklagten, sondern bloß auf den Kläger bezogen werden, und so stimmt also auch diese Stelle ganz mit der L. 48. §. 1. D. h. t. darin überein, daß dem Kläger zwischen der Rücknahms- und Minderungs-Klage die Wahl zustehe.

§. 18.

Daß endlich beide Klagen, wenn sie als Einreden der Klage aus dem Kauf-Vertrag auf Bezahlung des Kauf-Preises entgegengesetzt werden, die Wirkung haben, daß nicht auf Bezahlung des Ganzen, oder wenigstens eines Theils, wenn nur Ein Theil streitig ist, erkannt werden kann, liegt in der Natur der Sache, und in dem bestimmten Gesetze

L. 59. pr. D. h. t.

„Cum in ea causa est venditum mancipium, ut redhiberi debeat, iniquum est, venditorem pretium redhibendae rei consequi. §. 1. Si quis duos homines uno pretio emerit, et alter in ea causa est, ut redhibeatur, deinde petatur pretium totum, exceptio erit objicienda: si tamen pars pretii petatur, magis dicetur, non nocere exceptionem: nisi forte ea sit causa, in qua, propter alterius vitium, utrumque mancipium redhibendum est."

§. 19.

Die Verjährung der ediktmäßigen Klagen betreffend, so enthalten die Gesetze hierüber folgendes:

1) Wenn bloß wegen verweigerter Herausgabe der Zierrathen geklagt wird, so dauert die Klage 60 Tage. vgl. die §. 1. angeführte zweyte Stelle des Edikts.

2) Wird die Rücknahms-Klage

a) wegen nicht geleisteter Sicherheit angestellt, so verjährt sie sich innerhalb 60 Tagen; findet sich aber

b) wirklich ein ediktmäßiger Fehler vor, so verjährt sie sich, es mag nun anfänglich Sicherheits-Leistung versprochen worden seyn, oder nicht, innerhalb 6 Monaten;

c) die Minderungs-Klage aber innerhalb einem Jahr. vgl. die §. 2. angeführte zweyte Stelle des Edikts.

L. 19. §. 6. D. h. t.

„Tempus autem redhibitionis sex menses utiles habet: si autem mancipium non redhibeatur, sed, quanto minoris agitur, annus utilis est.“

L. 28. D. h. t.

„Si venditor de his, quae Edicto Aedilium continentur non caveat, pollicentur adversus eum (ad) redhibendum judicium, intra duos menses, vel quanti minoris intersit intra sex menses.“ — Daß nun diese Stelle offenbar den Sinn habe, daß wegen verweigerter Sicherheits-Leistung unbedingt, d. h. auch wenn kein ediktmäßiger Fehler vorhanden ist, innerhalb 2 Monaten, daß sie aber auch in diesem Falle wegen eines ediktmäßigen Fehlers sich nur innerhalb 6 Monaten verjähre, liegt wohl in der Natur der Sache.

L. 56. D. h. t.

„Cum sex menses utiles, quibus experiundi potestas fuit, redhibitoriae actioni praestantur etc.“

L. 2. C. de aedilit. action. (4, 58.)

„Etenim redhibitoriam actionem sex mensium temporibus, vel quanto minoris anno concludi, manifesti juris est.“

Nun fragt sich aber vor allen Dingen: Wann fangen diese Fristen zu laufen an? Daß diese Fristen keine nach natürlichem, sondern bloß nach bürgerlichem Zeitmaaß zu berechnende (keine tempora continua — sondern tempora utilia) seyen, sagen uns die oben angeführten Stellen deutlich; allein nun fragt sich: ob sie von einem bestimmten unveränderlichen Zeitpunkte an zu laufen beginnen, oder ob auch ihr Anfang von so verschiedenen Umständen abhänge, mit einem Worte, ob sie ratione initii et ratione cursus, oder ob sie nur ratione cursus tempora utilia seyen. Ersteres behauptet

Glück a. a. O. §. 269. 3r. Thl. S. 555. ff. u. 1113. 20r. Thl. S. 156.

Er behauptet nehmlich, die Fristen fangen dem Kläger erst von der Zeit, wo er den Fehler in Erfahrung gebracht habe, zu laufen an, und er beruft sich auf die wirklich scheinbare

L. 55. D. h. t.

„Cum sex menses utiles, quibus experiundi potestas fuit, redhibitoriae actioni praestantur, non videbitur potestatem experiundi habuisse, qui vitium fugitivi latens ignoravit: non id circo tamen dissolutam ignorationem emtoris excusari oportebit.“ — Dieser unerachtet aber vermag ich doch der Meinung Glücks nicht beyzutreten, denn a) bestimmt die

L. 19. §. 6. D. h. t.

einmal einen unveränderlichen Zeitpunkt:

„Tempus redhibitionis ex die venditionis currit: aut si dictum promissumve quid est, ex eo, ex quo dictum promissumve quid est,“ — also in der Regel die Zeit des abgeschlossenen Vertrags, oder, falls der Beklagte aus einer besondern Zusage und Versprechen in Anspruch genommen werden wollte, die Zeit jener geleisteten Zusage (vgl. oben §. 8. 1.), womit auch die

L. 20. D. h. t.

„Si vero ante venditionis tempus dictum intercesserit, deinde post aliquot dies interposita fuerit stipulatio, Caelius Sabinus scribit, ex priore causa, quae statim, inquit, ut veniit id mancipium eo nomine posse agere coepit,“ übereinstimmt, welche Stelle unter den Interpreten bedeutende Bewegungen veranlaßt hat;

vgl. Glück a. a. O. §. 1113. Anmerk. 68. 20r. Thl. S. 157.

Inzwischen gestehe ich selbst, daß diese Stelle verkeßert, und durch die Verkeßerung verworren ist. Demunerachtet aber haben die bisherigen Interpreten meiner Ueberzeugung nach etwas, was eigentlich der Gegenstand der Frage war, übersehen. Offenbar bildet nehmlich unsere Stelle einen Gegensatz gegen die oben abgedruckte L. 19. §. 6. und behandelt

1) den Fall, wenn die Zusage dem Abschluß des Vertrags vorangegangen seye, welche sie dahin beantwortet, daß dann die Frist nur von Zeit des abgeschlossenen Vertrags zu laufen anfange; aber auch

2) die andere Frage: ob, wenn ein nicht mittelst Stipulation geschehenes Versprechen dem Vertrag vorangegangen, die Stipulation aber jenem nachgefolgt seye, die Frist von jenem ersten Versprechen oder erst

von der Stipulation an zu laufen anfange? welche sie dahin beantwortet: daß auch in diesem Fall die Frist von der Zeit des abgeschlossenen Vertrags, weil sie vor jenem des ihm vorangegangen Verspruchs unerachtet nicht anfangen könne, weil jenes Versprechen offenbar durch die Abschließung des Vertrags bedingt gewesen, von der erst nachher erfolgten Stipulation aber nicht, weil dieser schon ein verbindliches Versprechen vorangegangen. Am bündigsten aber widerlegt die Glückische Meinung noch die, vorzüglich gegen seine Haupt-Stütze, nehmlich die L. 55. D. h. t. gekehrte

L. 2. C. de aedilit. action. (4, 58.)

„Cum proponas servum, quem pridem comparasti, post anni tempus fugisse: qua ratione eo nomine cum venditore ejusdem congredi quaeras, non possum animadvertere. Etenim redhibitoriam actionem sex mensium temporibus, vel quanto minoris anno concludi, manifesti juris est;“ — denn hier haben wir offenbar den Fall, wo der Sklave erst nach Jahres-Frist floh, wo also der Käufer auch nicht früher potestatem experiundi hatte, und dennoch konnte er nach Verfluß des Jahrs nimmer klagen, ja der Imperator sagt ihm ganz sprechend, er könne nicht begreifen, wie er jetzt erst klagen wolle, da die ediktmäßigen Klagen bereits verjährt seyen. Ich bin daher vollkommen überzeugt, daß die ediktmäßigen Klagen einen unveränderlichen Anfang haben, und also dieses tempus ratione initii non utile ist. Betreffend aber den Lauf der Frist, so kann dieser offenbar nicht nach natürlichem, sondern nach bürgerlichem Zeitmaaß berechnet werden. Wie nun hier zu rechnen seye, das konnte und mußte der Römer,

der den Gerichts-Kalender seines Prätors kannte, und kennen mußte, wissen; wie will aber der Teutsche rechnen, der jenen Gerichts-Kalender, der offenbar den einzigen Maaßstab der Berechnung an die Hand gibt, nicht kennt und nicht hat? Was

Glück a. a. O. §. 269. 3r. Thl. S. 556. ff.

enthält, ist wahrhaftig nicht genügend, ja statt die Sache zu entwickeln, vielmehr verwirrend; mit einem Wort weiter nichts, als das Geständniß: daß man hierüber nichts Bestimmtes wisse und wissen könne. Nun haben zwar schon mehrere ältere Rechtsgelehrte behauptet, daß, da Justinian bey der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand statt des annus utilis ein quadriennium continuum eingeführt habe, diß auch auf die vorliegenden Klagen anwendbar seye, und durch Vervierfachung die bürgerliche in eine nach natürlichem Maaßstab zu berechnende Frist umgewandelt werden könne. Daß diese Meinung nun wirklich theoretisch nicht richtig ist, bin ich mit

Glück a. a. O. §. 113. 20r. Thl. S. 160. und Thibaut, Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts, §. 18. 2te Ausg. S. 79.

überzeugt, allein damit ist der Gordische Knoten eben nicht gelöst, und nichts bleibt uns als das Zerhauen übrig, und zerhauen hat ihn

Dabelow, Handbuch des Pandecten-Rechts, §. 117. 1r. Thl. S. 602 — 605.

welcher in Erwägung aller der Schwierigkeiten, welche hier vorliegen, offen gesteht, daß nichts als die Vervierfachung jener Fristen und Verwandlung derselben von der bürgerlichen in eine natürliche Frist, abgesehen von ihrer theoretischen Unrichtigkeit, übrig bleibe, und wahrlich etwas besseres vermag ich hier,

ubi aqua utique haeret unmöglich zu geben, und würde auch, so lange nicht die Gesetzgebung einzelner Staaten dem tempus utile zu Hülfe kommt, kein Bedenken tragen, hierauf zu erkennen. Somit also verwandeln sich obige 60 Tage in 240, 2 Monate in 8, 6 Monate in 2 Jahre, und 1 Jahr in 4. Nun hat es freylich mehrere Rechtsgelehrte (vgl. §. 5. u. 6.) gegeben, welche diesen Klagen, weil sie sie bloß für ergänzende Theile der Klage aus dem Kauf-Vertrag ansahen, die gewöhnliche Verjährungs-Frist von 30 Jahren einräumen wollen; und selbst neuestens hat

Neustetel a. o. a. O. S. 218.

dieß wenigstens von der Minderungs-Klage und mit Ausnahme des Falls, wenn sie bloße Fehler der Sklaven und Thiere zum Gegenstand habe, in welchem Fall die prätorische Verjährungs-Frist Platz greife, behaupten wollen, allein diese Meinung hat von jeher auch bedeutende Gegner, und den neuesten an

Glück a. a. O. §. 1123. 20r. Thl. S. 154. (die ältere hat er in der 89. Bemerk. aufgeführt)

gefunden, und die oben abgedruckte L. 2. C. de aedilit. act., wo der Imperator sagt, es seye manifesti juris, allgemein bekannten Rechtens, daß diese Klagen sich innerhalb einem halben und einem Jahr verjähren, und wie er nicht begreifen könne, daß nach Verfluß dieser Fristen sie noch angestellt werden wollen, möchte wohl vollends ganz jene Meinung als unrichtig herausstellen. Für mich wenigstens enthält sie einen unwidersprechlichen Beleg der Unrichtigkeit jener Meinung, und weiteres Zeugniß brauche ich nimmer. — So hat es nun freylich auch ältere Rechtsgelehrte gegeben, welche den allgemeinen Satz, daß die Einreden nicht verjährbar seyen, in Beziehung auf die vorliegenden Klagen, als Einreden, nicht anerkennen wollten; allein diese sind schon

früher zur Genüge widerlegt worden; es wollte aber in neueren Zeiten der Beweis dieses Satzes auf eine andere Art in einem Rechts-Streit geführt werden. Der Rechts-Freund erkannte nehmlich jene Regel und ihre gleichfalls allgemein anerkannte Ausnahme, daß solche Einreden, welchen die Gesetze eine bestimmte Verjährungs-Frist vorgeschrieben haben, verjährbar seyen, an, er zählte aber die vorliegenden Klagen gerade zu den Ausnahmen, und gründete seine Meinung auf die

L. 48. §. 3. D. h. t.

„Non nocebit emtori, si sex mensium exceptione redhibitoria exclusus, velit intra annum aestimatoria agere.“ — Offenbar übersetzte er nehmlich diese Stelle so: Wenn der Käufer sich der redhibitorischen Einrede, weil schon die 6 Monate verstrichen, nimmer bedienen kann, so steht ihm doch frey, die Minderungs-Klage noch innerhalb der weitern Frist anzustellen. Allein diesen Sinn hat diese Stelle nicht, denn der emtor erscheint hier offenbar als actor, nicht als reus, und das Wort „redhibitoria“ geht also auch nicht auf „exceptione“, sondern es ist vielmehr darunter redhibitoria actione zu verstehen, und die Stelle hat also den Sinn: der Käufer kann, wenn er die Rücknahms-Klage, weil sie verjährt ist, nimmer anstellen kann, doch noch die Minderungs-Klage innerhalb der weitern 6 Monate anstellen.

§. 20.

Ich kann es nun schon als einen erwiesenen (vgl. §. 7.) Satz voraussetzen, daß überall da, wo die Eine, auch die Andere der ediktmäßigen Klagen stattfindet, und daß es ganz in der Willkür des Klägers liegt, welche er anstellen will, daß aber Ausnahmsweise der

Richter in dem Fall, wenn die Sache gar nichts taugt, und bloß die Minderungs-Klage angestellt ist, auf Rücknahme erkennen muß. Ich darf es ferner als einen in der Natur der Sache liegenden Satz voraussetzen, daß, wenn gleich der Kläger anfänglich die Wahl hat, welche Klage er anstellen will, er doch nur eine derselben anstellen kann, indem er durch beide den nehmlichen Zweck, wenn auch gleich auf verschiedene Art erreicht, der nehmliche Zweck aber nicht zweymal vorliegt, also auch nicht zweymal erreicht werden kann. Allein eine andere Frage ist: Ob beide Klagen rücksichtlich der nehmlichen Sache mehreremal angestellt werden können? d. h. ob der Kläger, wenn die Sache mehrere Fehler hat, erst des einen und dann des andern wegen die Rücknahms- oder Minderungs-Klage anstellen könne? Daß nun die Minderungs-Klage wegen zerschiedener Fehler mehreremal angestellt werden könne, enthalten die Gesetze klar und deutlich

L. 31. §. 16. D. h. t.

„Si quis egerit quanto minoris propter servi fugam, deinde agat propter morbum: quanti fieri condemnatio debeat? Et quidem saepius agi posse quanto minoris, dubium non est: sed ait Julianus, id agendum esse, ne lucrum emtor faciat, et bis ejusdem rei aestimationem consequatur."

L. 32. §. 1. D. de evictionibus (21, 2.)

„Ergo et illud procedit, quod Julianus libro XV. Digestorum scribit: egit, inquit, quanti minoris propter fugam servi, deinde agit propter morbum: id agendum est, inquit, ne lucrum faciat emtor, et bis ejusdem rei aestimationem consequatur. Fingamus emtum decem: minoris autem emturum fuisse duobus,

si tantum fugitivum esse scisset emtor: haec consecutum propter fugam: mox comperisse, quod non esset sanus: similiter duobus minoris emturum fuisse, si de morbo non ignorasset rursus consequi debebit duo, nam, et si de utroque simul egisset, quatuor esset consecuturus: quia eum forte, qui neque sanus et fugitivus esset, sex tantum esset emturus.“ — Was nun die Rücknahms-Klage betrifft, so haben wir hierüber folgende Stelle:

L. 48. §. 7. D. h. t.

„Cum redhibitoria actione de sanitate agitur, permittendum est de uno vitio agere, et praedicere, ut, si quid aliud postea apparuisset, de eo iterum ageretur;“ — welche offenbar den Sinn hat: Wer die Rücknahms-Klage anstellen will, kann sie auch eines einzigen Fehlers halber anstellen, und sich dabey vorbehalten, sie wegen anderer sich nachher ergebender Fehler wieder anzustellen. Diese Gesetzstellen müssen wir nun nach der Natur der Sache betrachten, und so ihre Uebereinstimmung aufsuchen. Es ist nehmlich ganz natürlich, daß derjenige, welcher einmal der Sache gerne los werden möchte, über ihre Unbrauchbarkeit entweder im Allgemeinen klagt, oder doch wenigstens sogleich alle Mängel und Gebrechen derselben aufzählt, während der Kläger bey der Minderungs-Klage bey einem oder wenigstens einigen Fehlern stehen bleibt. Natürlich erfolgt nun auch im erstern Falle eine richterliche Prüfung der Brauchbarkeit der Sache überhaupt, während im letztern Falle der Richter sich auf diese oder jene aufgezählte Fehler beschränken muß. Daher ist es also, wenn im erstern Falle nicht unbedingt erkannt werden soll, für den Kläger durchaus nothwendig, die Fehler, worauf er seine Klage

stützt, zu benennen, und sich für weitere weitere Klage vorzubehalten. Ja aber selbst dieses Vorbehalts bedarf es nicht, wenn die angestellte Rücknahms-Klage nur Eines Fehlers halber angestellt wurde, und sich nachher noch ein anderer ergibt: z. B. der Kläger stellt die Rücknahms-Klage an, weil das erkaufte Pferd mondblind seye, er wird aber damit, weil die Sachverständige das Pferd nicht für mondblind erklären, abgewiesen, nachher fällt dasselbe, und es zeigt sich, daß es herzschlechtig war; es kann nun offenbar jenes letzten Fehlers halber noch einmal die Rücknahms-Klage angestellt werden. Allein selbst auch dann, wann nicht bloß wegen Eines bestimmten Fehlers geklagt wurde, und sich nachher ein neuer, welcher vorher nicht bemerkt werden konnte, zeigt, kann die Rücknahms-Klage jenes neuen Fehlers halber wiederholt werden. Z. B. der Käufer eines neuen Hauses klagt ohne nähere Angabe eines bestimmten Fehlers, die Sachverständigen erklären das Haus fehlerfrey, erst später nimmt er eine Veränderung im Hause vor, und bey dieser zeigt sich, daß die Durchzug-Balken innen, was von aussen nicht gesehen werden konnte, durchaus verfault sind. Es ist daher auch die obige Gesetzstelle nicht so ganz buchstäblich zu verstehen, sondern es ist vielmehr folgender Satz aufzustellen: daß sowohl die Rücknahms- als die Minderungs-Klage neuerer Fehler halber wiederholt angestellt werden könne, nnd daß die früheren Urtheile sich immer nur auf die entweder bestimmt angegebenen, oder wenigstens solche Fehler beschränken, welche zur Zeit jenes Urtheils schon vorhanden waren, sich nicht aber auf solche, auf welche entweder gar nicht geklagt, oder welche wenigstens zur

Zeit des ersten Erkenntnisses sich noch nicht veroffenbart hatten, ausdehnen, und somit erst können wir nun der

L. 25. §. 1. D. de except. rei judic. (44, 1.)

„Vere dicetur eum, qui alterutra earum egerit, si altera postea agat, rei judicatae exceptione summoveri" — den gehörigen Sinn unterlegen. Diese Stelle enthält nehmlich nichts weiteres, als das, daß die Rechts-Kraft des Urtheils in Betreff der einen Klage auch auf die andere in allen denjenigen Fällen sich ausdehne, wenn des oder der nehmlichen Fehler halber, wegen welcher der Kläger mit der Einen abgewiesen worden, er nunmehr die andere Klage versuchen wolle. So ist es nun keinem Zweifel unterworfen, daß, wer die Eine Klage angestellt, vor der Einlassung des Beklagten die Andere noch wählen könne, allein ob er auch nach erfolgter Einlassung gegen Ersatz der Kosten die eine Klage fallen lassen, und die andere noch anstellen könne, ist streitig.

Thibaut, in seinen civilistischen Abhandlungen, S. 170.

verneint diese Frage, und beruft sich auf die

L. 19. D. de leg. (30.)

„Si is cui legatus sit Stichus, aut Pamphilus, cum Stichum sibi legatum putaret, vindicaverit: amplius mutandae vindicationis jus non habet: tanquam si damnatus haeres alterutrum dare. Stichum dederit, cum ignoret sibi permissum vel Pamphilum dare, nihil repetere possit;" — und

L. 112. D. de V. O. (45, 1.)

„Si quis stipulatus sit, Stichum, aut Pamphilum, utrum ipse vellet: quem elegerit, petet, et is erit solus in obligatione. An autem mutare voluntatem possit, et ad alterius petitio-

nem transire, quaerentibus respiciendus erit sermo stipulationis, utrumne talis sit, quem voluero, an, quem volam: nam si talis sit, quem voluero: cum semel elegerit, mutare voluntatem non poterit: si vero tractum habeat sermo illius, et sit talis, quem volam: donec judicium dictet, mutandi potestatem habebit.“ Allein diese beide Stellen handeln doch offenbar nicht von zwey verschiedenen Klagen, sondern von Einer Klage und zwey verschiedenen Klage-Gegenständen, folglich sind sie auch für den gegenwärtigen Fall, wo es sich umgekehrt von zwey verschiedenen Klagen und Einem wenigstens dem Zweck nach Einem und demselben Klage-Gegenstand handelt, nicht anwendbar, und somit trete ich auch ganz der Meinung

Neustetels a. a. O. S. 252.

daß nach erfolgter Streit-Einlassung und Ersatz der Kosten noch Klage-Aenderung stattfinden könne, bey.

§. 21.

Uud so hätte ich nun noch zu bemerken, daß, wenn der Veräussernde die Sache freywillig wirklich zurückgenommen, und nicht bloß die Rücknahme versprochen hat, dagegen aber die ihm obliegende Leistungen verweigert, dem Zürückgebenden die an die gewöhnliche Verjährungs-Zeit von 30 Jahren gebundene actio in factum dißfalls jener Gegenleistungen halber zusteht.

L. 31. §. 17. D. h. t.

„In factum actio competit, ad pretium recuperandum, si mancipium redhibitum fuerit: in qua non hoc quaeritur, an mancipium in causa redhibitionis fuerit, sed hoc tantum, an sit redhibitum: nec immerito: iniquum est enim, posteaquam venditor agnovit, recipiendo

mancipium, esse id in causa redhibitionis, tunc quaeri, utrum debuerit redhiberi an non debuerit: *nec de tempore quaeretur, an intra tempora redhibitus esse videatur.* §. 18. Illud plane haec actio exigit, ut sit redhibitus: caeterum, nisi fuerit redhibitus, deficit ista actio, etiamsi nudo consensu placuerit, ut redhibeatur: conventio ergo de redhibendo non facit locum huic actioni, sed ipsa redhibitio." — Hat übrigens in diesem Falle der Zurückgebende nicht alles, was er zurückgeben sollte, oder hat er die Sache in einem verschlimmerten Zustande zurückgegeben, so steht dem Gegentheil die Klage aus dem Kauf-Vertrag zu.

L. 23. pr. D. h. t.

„Quod si sine judice homo redhibitus sit, reliqua autem, quae diximus, nolit emtor reddere, sufficiat venditori ex vendito actio."

XIV. Aufsatz.

Erklärung der L. 7. §. 1. C. de curatore furiosi (5, 70.)

Die

L. 7. C. de curatore furiosi

enthält folgendes:

„Cum furiosus quem morbus detinet perpetuus, in sacris parentum constitutus est: indubitate curatorem habere non potest etc."

„§. 1. Sin autem parentes ab hac luce decedere contigerit: nostra constitutio, quam pro-

mulgavimus de his quae in testamento furioso relinquenda sunt, vel substitutione eorum in suo robore permaneat. §. 2. Sin vero perpetuo furiosus *sui juris* sit: tunc in paterna quidem haereditate, quae quasi debita ad posteritatem suam devolvitur, nulla est juri veterum dubitatio: cum illico appareat, et suus haeres existat suis parentibus. §. 3. Sin autem ex alia quacumque causa haereditas ad eum, vel successio perveniat etc. Nos sancimus furiosum quidem nullo modo posse, vel haereditatem adire, vel bonorum possessionem agnoscere: curatori autem ejus licentiam damus, imo magis necessitatem imponimus, si utilem (ei) esse successionem existimaverit, eam bonorum possessionem agnoscere, quae etc. §. 7. Tali itaque ordinatione in curatore furiosi disposita, si quid postea ad furiosum pervenerit, sive ex haereditate vel successione, vel legato vel fideicommisso, vel alio quocumque modo hoc furioso accedat: et cum alia ejus substantia manibus curatoris tradatur, inventario etiam super his omnibus rebus (scilicet) faciendo: et sub ejus cura custodiatnr, quatenus, si quidem resipuerit furiosus, et adquisitionem admiserit, ipsi restituatur. §. 8. Sin autem in furore diem suum finierit, vel ad suam sanitatem perveniens eam repudiaverit: si quidem successio est, ad eos referatur (volentes tamen) id est, vel ad substitutum, vel ab intestato haeredes vel ad nostrum aerarium etc.“ — Der §. 2. dieser Stelle ist es nun, der etwas Bedenken erregt, in dem aus dem Ausdruck „*sui juris*“ hervorzugehen scheint, daß

der Wahnsinnige nicht nur, wenn er „*suus haeres*“ seye, sondern auch, wenn er aus der väterlichen Gewalt entlassen, und es somit einer Antretung der väterlichen Erbschaft bey ihm bedurft hätte, ohne alle Antretung, wie ein suus erbe, somit auch bey der väterlichen Erbschaft die Verordnung des §. 8. nehmlich des Rückfalls an die Erben seines Erblassers gar nicht anwendbar seye. Dieses behaupten nun auch, aber wahrhaft ohne allen Grund

Bardili, in Diss. de aditione haeredit. §. 31. p. 30. Berlich, Decis. Part. I. Decis. 147. no. 19. Grass, Recept. sentent. L. 2. qu. 17. no. 17. p. 63. (welcher sogar dieß auf die Erbschaft aller Anverwandten in auf- und absteigender Linie ausdehnt, und den Satz für communem DD. sent. ausgibt.) Huber, in Praelect. J. C. Tom. I. p. 226. et 227. (welcher sogar diesen Satz auch auf die Erbschaft der Mutter ausdehnt.) Lauterbach, in Colleg. theoret. pract. L. 27. tit. 10. §. 32. et L. 29. tit. 2. §. 17. Tom. II. p. 650. et 815. Pacius, Analysis Cod. ad tit. C. de curatore furiosi, no. 16. p. 534. Perez, in Comment. in Cod. ad h. t. no. 12. Tom. I. p. 430. Voët, Comment. in Pand. L. 17. tit. 10. no. 5. Tom. IV. p. 292.

allein alle diese führen als Beweise für diesen Satz theils nur solche Stellen, welche nur von dem suus handeln, theils ihre eigenen Auctoritäten gegenseitig an, und ihre Meinung verdient also um so weniger gewürdigt zu werden, als sie eigentlich den wahren Stein des Anstoßes übersehen haben. Denn daß, wenn dieß der Fall wäre, Justinian eine ganz neue von der gewöhnlichen Suitäts-Theorie rein abweichende Ausnahme in Betreff des Wahnsinnigen hätte aufstellen müssen, scheint keinem aufgefallen zu seyn. Einem aber fiel die Sache auf, nehmlich dem

Raguellus, Comment. ad Decis. Justiniani. Paris 1610. ad h l. p. 380.

denn dieser drückt sich so aus: „Sed et si filius furiosus fuerit *vivo patre sui juris*, nihilominus ex hac constitutione, qua jus vetus ampliatur, *suus haeres* censetur, *quod valde novum est.*“ Er behauptet also, Justinian habe hier ganz etwas Neues eingeführt, allein man lese diesen §. 2. nur genau, so wird man finden, daß Justinian ganz deutlich erklärt, daß er hier nichts Neues einführen wolle, und nichts Neues einführen könne, weil hierüber unter den frühern Rechtsgelehrten kein Streit obgewaltet habe. Da nun aber nur darüber, daß ein suus haeres auch *ignorans* die Erbschaft antrete, kein Streit obwaltete, eine Ausnahme aber beym Wahnsinnigen nirgends erhellt, so erscheint auch diese Meinung als verwerflich. In Uebereinstimmung mit den früheren Rechts-Grundsätzen muß also unsere Stelle gesetzt werden, dieß erheischt die eigene Erklärung Justinians, und an solchen Vereinigungs-Versuchen hat es auch nicht gefehlt. Erst bemerkt die Glosse bey sui juris „*ex nunc*“ nehmlich: post mortem — „*non ex tunc*“ ante mortem patris. — Sodann schlägt

Voorda, Interpret. et Emend. L. 1. cap. 2. Ed. II. p. 34. et 35.

vor, statt „sui juris“ — „*juris sui*“ zu lesen, was dann, wenn hier der Ausdruck „*jus sui*“ statt „jus suitatis“ vorkomme, wieder nur den suus haeres bezeichne, wie aus der L. 1. §. 15. D. de agnoscendis (25, 3.) erhelle, allein diese Deutung ist offenbar gewagt, auch dem gewöhnlichen Sprach-Gebrauch nicht angemessen, überdieß auch um so weniger anzunehmen, als sich durchaus keine verschiedene Lesart findet. Eine weniger gewaltsame Wort-Veränderung wäre nun

die: wenn man das Wörtchen „sit“ in „*fit*“ verwandelte, allein auch dieser Versuch scheint mir eben so gewagt als der vorige. Am glücklichsten und gelungensten ist der Versuch, den der gelehrte Hr. Dr. Griesinger mir mitzutheilen die Güte hatte, und den ich hier mit seinen eigenen Worten wieder gebe.

„Ich bin ganz überzeugt, daß der Sinn der Worte „Justinians: Sin vero perpetuo furiosus sui „juris *sit*, durchaus kein anderer als dieser ist: *Sin* „*vero pater intestatus decedat* (weil im §. 1. „von dem Fall die Rede war, daß der Vater ein Te„stament gemacht hatte, et sic furiosus *morte pa*„*tris sui juris fiat*, *seu factus sit*, *atque ita* „*non amplius in sacris paternis constitutus* „*sit.*) Mit diesem Falle fängt nehmlich das Gesetz „zuerst an, in den Worten: „„„cum furiosus in „sacris parentis sui constitutus est,““ und mit „den Worten im §. 2.: „„„Sin vero furiosus *sui* „*juris* sit““ wollte Justinian also nur den Gegen„satz von dem: „„„in sacris parentis sui constitu„tus““ ausdrücken. Auf diese Art harmonirt Alles, „und das Einzige, was sich gegen diese Erklärung sa„gen läßt, wäre bloß das, daß Justinian deutlicher „hätte seyn können. Dieß ist aber ein alter und be„kannter Fehler von ihm, der also kein Grund dagegen „seyn kann. Bey den Interpreten habe ich weiter gar „nichts mehr darüber gefunden. Alle schwimmen darü„ber hinweg, als wenn keine Schwierigkeit vorhanden „wäre. Allein gerade daraus schliesse ich, daß sie Alle „den §. 2. ebenso, wie ich, verstanden haben, denn „nach meiner Erklärung hat derselbe sodann wirklich „keine Schwierigkeit, weil er eine sehr natürliche Ent„scheidung enthält, die Niemand auffallen konnte, und

„worüber nach Justinians Bemerkung nulla erat „veterum juris dubitatio.“

Diese Erklärung ist nun wirklich auch um so befriedigender, als der §. 1. und 2. nur in Hinsicht auf die letztwillige und gesetzliche Erbfolge, nicht in Hinsicht auf den suus und extraneus einen Gegensatz bilden, und der Gegensatz zu dem suus also nur in dem prooemium gesucht werden kann. Denn den Beweis, daß Justinian nur den suus hier im Auge hatte, liefern uns auch die

Basilicae, L. 38. 10. 25. (Ed. Fabrotti p. 166. et 175.)

welche auch nur von einem in potestate patris befindlichen Wahnsinnigen sprechen. Diese richtige Auslegung hat nun auch unter den ältern und neuern Rechtsgelehrten bedeutende Anhänger gefunden.

Berger, Resol. LL. obstant. L. 29. tit. 2. p. 542. Brunnemann, Comment. ad Pand. ad hunc tit. et §. p. 647. Dabelow, Handbuch des Pandecten-Rechts, 3r. Thl. S. 555. Frehse (praes. Beckmann) Diss. de adquis. haered. dementi delatae. Goett. 1772. Höpfner, Institutionen-Commentar, §. 543. Anmerk. 8. 7te Aufl. S. 618. Koch, bonorum possessio, §. 7. Löhr, im juridischen Archiv, 5r. Band, S. 116. u. 117. Stryk, Usus Modernus L. 29. tit. 2. §. 2, p. 830. (welcher jedoch den Pflichttheil des Wahnsinnigen ausnimmt.) Weber, Erläuterung der Pandecten, L. 29. tit. 2. §. 1495. 2r. Bd. S. 264. u. 265.

Somit ist also auch die Frage: Ob der emancipirte Wahnsinnige, der im Wahnsinn verstorben, die von seinem Vormund angetretene väterliche Erbschaft auf seine Erben versende? unbedingt zu verneinen.

XV. Aufsatz.

Ueber die Wirkung der Klage und Einrede der Arglist (actio et exceptio doli) in Hinsicht auf den dritten Besitzer.

Daß die actio doli Klage wegen Arglist, nicht wie die actio metus eine actio in rem scripta seye, dieß darf man wohl als einen unbestrittenen Satz voraussetzen, allein eine andere Frage ist: Ob nicht gegen den dritten Besitzer einer durch Haupt-Betrug (dolus causam dans) dem Eigenthümer entrissenen Sache die civil-rechtliche oder prätorische Eigenthums-Klage (rei vindicatio oder actio publiciana) zustehe? — Daß hier unter Haupt-Betrug ein solcher Betrug zu verstehen seye, welcher den Betrogenen zu Eingehung des Rechts-Geschäfts veranlaßt, und welcher den Betrogenen, wenn er ihn gewußt hätte, von Eingehung desselben abgehalten hätte, habe ich hier bloß vorauszusetzen. Hierüber sind nun die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. (Die Streitigkeiten hierüber siehe bey

Glück, Erläuterung der Pandecten, §. 296. Anmerk. 60. u. 69. 4r. Thl. S. 137. u. 139.)

ein Streit, der sich natürlich auch auf die Praxis ausdehnen mußte. Daher man auch über den nehmlichen Rechtsfall in den

Heidelberger Rechts-Gutachten, 1r. Band, S. 293. ff.

und in

Webers Beyträgen zu der Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden, 3te Aufl. 1stes Stück, S. 84. ff.

ganz verschiedene Entscheidnngen findet. Merkwürdig ist nun freylich, daß man bey den ältern Schriftstellern Vinnius, Noodt, so wie in den Heidelberger Entscheidungs-Gründen die Haupt-Stellen, welche die verneinende Meinung ausser allen Zweifel setzen, nicht angeführt findet, indem sie sämmtlich sich eigentlich bloß auf die

L. 10. C. de rescind. emt. vendit. (4, 44.)

„Dolus emtoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur. Quem si fuerit intercessisse probatum: non adversus eum, in quem emtor dominium transtulit rei vindicatio venditori, sed contra illum, cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit,“ — beziehen, welche die Gegner aber bloß von einem Neben-Betrug (dolus incidens) erklären. Allein daß diese Stelle von allen Arten von Betrug, und somit nicht bloß von einem Neben-Betrug handelt, ersieht man deutlich aus den bisher nirgends angeführten Haupt-Stellen

L. 4. §. 27 — 31. D. de doli mali et metus except. (44, 4.)

„§. 27. *De auctoris dolo exceptio emtori non objicitur.* Si autem accessione emtoris utitur“ (nehmlich bey der usucapio wo bona fides ab initio erfordert wird, die bey einem, der eine Sache dolo malo an sich brachte, nicht vorhanden seyn kann), „aequissimum visum est ei, qui ex persona auctoris utitur accessione, pati dolnm auctoris et peraeque traditur, rei quidem cohaerentem exceptionem etiam emtori nocere: *eam autem, quae ex delicto personae oriatur, nocere non oportere.* §. 28. Si cum legitima haereditas Caji Seji ad te perveniret, et ego essem haeres

institutus, persuaseris mihi per dolum malum, ne adeam haereditatem: et posteaquam ego repudiavi haereditatem, tu eam Sempronio cesseris pretio accepto: isque à me petat haereditatem: exceptionem doli mali ejus qui ei cessit, non potest pati. §. 29. Si quis autem ex causa legati vindicet, ant is, cui ex causa donationis res praestita est, vindicet, an de dolo exceptionem patiatur ex causa ejus, in cujus locum successerit? et magis putat Pomponius summovendum: *et ego puto exceptione eos esse repellendos: cum lucrativam causam sint nacti.* Aliud autem est enim emere, aliud ex his causis succedere. §. 30. Idem tractat Pomponius, et in eum, qui pignori accepit si Serviana vel hypothecaria actione experiatur: nam et hunc putat Pomponius summovendum: quia res ad eum, qui dolo fecit, reversura est. §. 31. *Auctoris autem dolus*, sicut diximus, *emtori non nocet. Sed hoc in emtore solo servabimus: item in eo, qui permutaverit, vel in solutum accepit: item in similibus, qui vicem emtoris continent.* Caeterum si noxae deditus quis sit, Pomponius putat passurum exceptionem, quam ille pateretur, qui noxae dedit. *Proinde ex quacumque alia causa, quae prope lucrativam habet adquisitionem, quaesisse quis videatur, patietur exceptionem doli ex persona ejus, in cujus locum successit.* Sufficit enim, si is, qui pretium dedit, vel vice pretii, cum sit bona fide emtor, ut, non patiatur doli exceptionem ex persona auctoris: *utique si ipse dolo careat.*"

Diese Gesetzstellen enthalten also nun offenbar folgende Sätze:

a) Die Klage und Einrede der Arglist kleben nicht der Sache an (rei non cohaerent), weil sie aus einem Verbrechen entstehen.

b) Sie gehen also in der Regel auch nicht auf den dritten Besitzer, welcher unter beschwerendem Rechts-Grund erworben, den Fall ausgenommen, daß er selbst in bösem Glauben wäre, von dem Betrug gewußt, diesen sogar begünstigt, oder daran Theil genommen hätte, über.

c) Sie gehen aber unbedingt auf den dritten Besitzer, welcher unter nicht beschwerendem Rechts-Grund erworben, ohne Rücksicht auf seinen guten oder bösen Glauben, über; und hieraus erhellt nun auch, daß der frühere Eigenthümer der Sache gegen den dritten Besitzer, welcher, in gutem Glauben und unter beschwerendem Rechts-Gruud erworben, weder die civil-rechtliche, noch die prätorische Eigenthums-Klage anzustellen vermag, weil er den Rechts-Grund (Titel) seines Besitzes nicht durch die Einrede der Arglist zu entkräften vermag; und diese Gesetzstellen entscheiden also auch die frühere Streitigkeit vollständig.

XVI. Aufsatz.

Kann gerichtliche Zuerkennung einer Sache nur dann, wenn sie überhaupt keinen Käufer, oder wenn sie nur keinen annehmlichen Käufer findet, stattfinden?

Schmalcalder in seiner

Diss. de judic. bonorum obaerati adsign. §. 10. p. 8.

nachdem er früher zwey andere Erfordernisse aufgezählt hatte, äussert:

requiritur 3) ut ante adsignationem alia omnia extrema cum bonis debitoris tentata i. e. ea hastae publicae subjecta, omnibus ad emendum proposita sint, *sed emtores non invenerint;* und die

Nov. 4. cap. 3.

verordnet:

„Damus creditori licentiam volenti immobiles res accipere pro auro, *sed si nec quispiam emtor immobilium ejus rerum adsit;*" — und weiter unten kommt noch einmal der Ausdruck vor: „nec ullus emtor *adsit.*" Diese beide Stellen haben nun neuestens in einem wichtigen Falle die gerichtliche Entscheidung veranlaßt, daß überhaupt nur dann gerichtliche Zuerkennung stattfinden könne, wenn sich überhaupt kein Käufer zeige, und daß sie, so oft sich ein Käufer auch zu einem noch so niedern Preise finde, unstatthaft seye. Dieser Satz ist aber nun einmal durchaus unrichtig; man mag nun mit Auctoritäten, oder mit Gesetzstellen, oder endlich mit reinen Vernunft-Grundsätzen streiten, überall wird die entgegengesetzte Meinung den entscheidendsten Sieg davon tragen. Mögen nun vorerst unsere Gegner mit den

schwächsten Waffen, nehmlich mit Auctoritäten bekämpft werden, so ist wohl zu erwägen, daß

a) noch nicht einmal erwiesen ist, ob der seel. Schmalcalder unter dem nullus emtor, überhaupt keinen Käufer, oder nur einen Käufer, der keinen annehmlichen Preis bot, verstanden habe? nach den allgemeinen Regeln aller Auslegung aber müssen wir das letztere annehmen, da eine ungereimte Behauptung, in so lange nicht ganz unzweydeutig das Gegentheil erwiesen ist, nicht vermuthet werden kann. Gesetzt aber auch, jedoch nicht zugegeben,

b) daß Schmalcalder wirklich buchstäblich zu verstehen seye, so steht seine Auctorität vereinzelt, und ihr Vier neuere entgegen; es verlangt nehmlich

1) Glück, Erläuterung der Pandecten, §. 1101. 19r. Thl. S. 408.

einen annehmlichen Käufer, hält also denjenigen, welcher nicht einen annehmlichen Preis bietet, für keinen Käufer. Es verlangt

2) Günther, Pr. J. R. N. §. 680. Tom. II. p. 282.

„*ut emtor aequum pretium offerat.*" — Es verlangt

3) Hoffacker, Pr. J. C. R. G. §. 1197. Tom. II. p. 371.

„*emtorem dignum pretium offerentem;*" — und endlich verlangt

4) Schweppe, Römisches Privat-Recht, §. 334. 2te Aufl. S. 202.

„daß der Käufer einen annehmlichen Preis biete." Auctoritäten gegen Auctorität wäre also der Sieg entschieden. Allein nun steht uns wirklich noch die angeführte Novelle im Weg, daß aber auch diese den *nullus emtor* nicht buchstäblich, sondern vielmehr einen *emtorem non dignum vel justum pretium offerentem* verstehe, dieß läßt sich

a) aus der Natur der Sache und

b) aus einer andern Gesetzstelle erweisen. — Aus der Natur der Sache, weil das Gegentheil ungereimt wäre, was unten erwiesen werden wird, Ungereimtheiten aber von einem Gesetze nie vermuthet werden; aus einer andern Gesetzstelle aber erhellt das Verwerfliche jener Auslegung deutlich. Es verordnet nehmlich die

L. 2. C. si in causa judic. (8, 25.)

„Cum in causa judicati aliqua res pignori capitur, per officium ejus, qui ita decrevit, venundari solet, non per eum, qui judicatum fieri postulavit. *Et si alio emtore non existente, vel existente quidem, sed non dignum pretium offerente*, is cui judicatus satis non fecit, ad licitationem secundum constituta fuerit admissus, cujuslibet alterius vice ex officio emere debet;“ — und es erhellt also deutlich, daß das Römische Recht dem nullus emtor, den emtorem non dignum pretium offerentem gleichsetzt. Aus dieser Gesetzstelle muß nun auch offenbar jene Novelle erklärt werden, und der Verfasser hat offenbar daran nie gedacht und nie denken können, daß das Wort „nullus“ je rein buchstäblich werde verstanden werden. Somit wäre nun auch unserer Auslegung jene Novelle nicht mehr im Wege, wir hätten also auch nur noch nach der Natur der Sache und den reinen Vernunft-Gründen die Sache zu erwägen. Wir haben nehmlich schon oben behauptet: daß der von unsern Gegnern aufgestellte Satz eine wahre Ungereimtheit enthalte; gelingt uns dieses, so ist der Beweis geführt; aus jenem Satz würde aber offenbar folgen, daß, wenn sich zu einem Hause, welches 100,000 fl.

werth ist, ein Käufer zu 100 fl. fände, oder zu einem, welches 1000 fl., einer zu 10 fl., keine Zuerkennung stattfinden könnte, weil ein Käufer vorhanden war. Wer wollte aber dieß behaupten? — und wird nicht Jedermann dieß auf den ersten Anblick als reine Ungereimtheit erkennen? Dieser Ungereimtheit halber schon müssen wir also jenen Satz verwerflich finden, und daher können wir auch, abgesehen von allem Uebrigen, nicht glauben, daß Schmalcalder und die Novelle solchen Unsinn behauptet haben. Doch sapienti sat — Zuerkennung findet statt, wenn sich kein annehmlicher, nicht erst dann, wenn sich gar kein Käufer findet; dieß verlangt die Natur der Sache, die Vernunft, die Gesetze, und folgerecht, und wie erwiesen, auch die Meinung der Rechtsgelehrten.

XVII. Aufsatz.

Nicht immer kann man sich bey der Zurückforderung einer Nichtschuld der Eides-Zuschiebung als eines Beweismittels bedienen.

(In einem Rechts-Fall.)

Lange Zeit stand A. mit B. in Geld-Verkehr, sie berechneten sich von Zeit zu Zeit mit einander, und nach jeder Abrechnung fertigte A. dem B. wieder einen neuen Wechsel aus. Wie der letzte Wechsel bezahlt werden sollte, trat A. klagend mit der Klage des nicht dargeliehenen Geldes auf, und behauptete, daß

in den ältern Wechsel ältere von ihm bezahlte Zins-Reste und etwas weiteres bezahltes wiederholt aufgenommen worden seye. Beweise hatte er keine, und sein Rechts-Freund versuchte die Eides-Zuschiebung, sah jedoch wohl ein, daß er mit jener (da er jedenfalls, weil die Sache einen Wechsel betraf,

Kapffs Rechts-Fälle S. 514. ff.

und da noch überdieß die zweyjährige Frist längst verstrichen war, den Beweis hätte führen müssen), nicht wohl werde aufkommen können, und somit entsagte er jener Klage, behielt sich aber, um eine Nicht-Schuld nicht wissentlich zu bezahlen, die Zurückforderung des zuviel bezahlten (condictio indebiti) vor. Er bezahlte nun auch den Wechsel, und trat wirklich die vorbehaltene Klage an. Sichtbar war es, daß er, was er bey der ersten Klage für unthunlich hielt, bey dieser anwendbar fand; er versuchte nehmlich hier wieder die Eides-Zuschiebung, welche er in der Richtung gegen die condictio indebiti für anwendbar hielt. Nun ist aber wohl zu erwägen, daß der Kläger nicht das behauptete, daß er mehr, als jener letzte Wechsel besagte, sondern nur das, daß er durch vollständige Bezahlung des Wechsels gewiße Summen, welche als schon bezahlt in den Wechsel wieder aufgenommen worden seyen, doppelt bezahlt habe, daß also das indebitum, die Nichtschuld erst durch Bezahlung jenes Wechsels entstanden; und in die Gränzen desselben falle,

Gensler, im juridischen Archiv, 2r. Bd. S. 283.

und da nun hier der Beklagte eine von ihm ausgestellte den Grund der Schuldigkeit (causam debendi) enthaltende Urkunde — den Wechsel gegen ihn hatte, so mußte er auch hier, da die

L. 25. §. 4. D. de probat. (22, 3.) L. 13. C. de non numerata pecunia (4, 30.) L. 14. C. de con.

trah. et committ. stipulat. (8, 38.) vgl. auch Glück, Erläuterung der Pandecten, §. 788. 12r. Thl. S. 173. §. 833. 13r. Thl. S. 121. §. 1145. 21r. Thl. S. 390. Gönner, Handbuch des gemeinen deutschen Processes, 2r. Band, S. 376.

in solchem Falle durchaus keine Eides-Zuschiebung zulassen, abgewiesen werden. Aus jenen Gesetzstellen ergibt sich aber nun der allgemeine Grundsatz: daß, wenn eine auf den Grund einer von dem Aussteller wenigstens unterzeichneten und den Grund der Schuldigkeit enthaltenden Urkunde bezahlte Nichtschuld zurückgefordert wird, der Aussteller sich der Eides-Zuschiebung als Beweismittel der Nichtschuld nicht bedienen kann, was auch mit den allgemeinen Grundsätzen der Proceß-Rechtslehre, daß überall da, wo voller Beweis vorliegt, gegen diesen Eides-Zuschiebung nicht stattfinden könne, übereinstimmt.

XVIII. Aufsatz.

Ist der Dienstherr die von dem Dienstboten in seinem Namen, aber ohne seinen Auftrag und also betrügerischer Weise gemachten Schulden, zu bezahlen schuldig?

Das praktische Interesse dieser Frage leuchtet wohl von selbst ein. Hierüber also kein Wort.

Wenn der Dienstherr die Schulden, welche sein Dienstbote in seinem Namen, aber ohne seinen Auftrag hinter seinem Rücken, also betrügerischer Weise gemacht hat, zu bezahlen schuldig ist, so muß

dem Gläubiger irgend eine Klage gegen ihn zustehen. Steht ihm keine zu, so erhellt von selbst, daß ihm auch kein Klage-Recht, welches offenbar in der Klage nur objectiv wird, zustehe, daß folglich auch auf Seiten des Dienstherrn keine Zwangs-Verbindlichkeit vorhanden ist. Betrachten wir nun alle die Klagen, welche ihm möglicher Weise zustehen könnten, so bieten sich uns

a) die Klage aus dem Dienst-Mieth-Vertrag (locati conducti) an, allein diese vermag in der vorliegenden Beziehung nichts zu wirken, da sie nur das Verhältniß zwischen dem Dienstherrn und dem Dienstboten, den Dritten aber nie berührt;

b) die actio institoria, allein daß die Dienstboten keine Institoren oder Faktoren oder Verwalter sind, erhellt schon aus der Erklärung, welche uns Ulpian

L. 3. D. de instit. act. (14, 3.)

„Institor appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet: nec multum facit, tabernae sit praepositus, an cuilibet alii negotiationi“ — von einem Institor gibt, und aus dem Begriff, den sich die ältere und neuere Rechts-Wissenschaft von einem Institor machte,

vgl. Glück, Erläuterung der Pandecten, §. 891. 14r. Thl. S. 237.

folglich kann auch die actio institoria keineswegs hier angewandt werden, und eine actionem institoriam utilem kennen die Gesetze nicht, folglich ist auch auf diesem Wege kein Heil zu suchen; aber nun bleibt noch

c) die actio quod jussu übrig, allein auch diese findet nach der

L. 2. §. 1. D. quod jussu (25, 4.)

„Si jussu domini ancillae, vel jussu patris filiae creditum sit, danda est in eos, quod jussu

actio“ — nur dann statt, wenn ein Auftrag, ein Befehl, welcher gerade in dem vorliegenden Falle mangelt, vorliegt, und somit ist also auch diese Klage nicht anwendbar, doch vielleicht könnte Mancher noch auf die actio ex lege Aquilia utilis, oder gar auf eine utilem actionem noxalem verfallen, allein diese letzteren Klagen finden schon aus dem Grunde nicht statt, weil keineswegs der Dienstherr es war, welcher den Schaden gestiftet, und die heutigen Dienstboten mit Römischen Sklaven nicht verglichen werden können, — also keine Klage, kein Klage-Recht und keine Zwangs-Verbindlichkeit für den Dienstherrn, daher merke Jeder wohl, daß, wenn er einem Dienstboten ohne Auftrag traut, er auch nur diesem traut; Dienstherrschaften aber sollten es niemals übel nehmen, wenn gegen ihre Dienstboten in Hinsicht auf erhaltenen angeblichen Auftrag nicht unbedingtes Zutrauen geäussert wird.

XIX. Aufsatz.

Worin besteht das Interesse, welches der die Uebergabe der verkauften Sache verzögernde Verkäufer dem Käufer zu leisten hat?

(Erklärung der L. 21. §. 3. L. 1. pr. et L. 12. D. de act. emt. et vend. (19, 1.)

Die

L. 21. §. 3. D. de act. emt. et vend.

verordnet, wie folgt:

„Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, *omnis utilitas emtoris in aestima-*

tionem venit, quae modo circa ipsam rem consistit: neque enim si potuit ex vino, puta, negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis, quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum, familia ejus fame laboraverit: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum, consequitur: nec major fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit: quia sive datum esset, haberem emtor sive non: quoniam saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit." — Paulus, der Verfasser unserer Stelle, behauptet also hier bestimmt: daß der die Uebergabe der Sache verzögernde Verkäufer dem Käufer nur dasjenige an Interesse zu leisten habe, was bloßes nächstes aus der Sache selbst hervorgehendes, der Sache selbst anklebendes (ich möchte es interesse rei ipsi cohaerens nennen), nicht aber dasjenige, was mit der Sache selbst nur in zufälliger Verbindung, nicht in unzertrennter wesentlicher stehe. Als Beyspiele hiefür führt er dann an: daß den erhöhten Werth der Sache der Käufer zwar wohl fordern könne, hingegen könne er denjenigen Gewinn, welchen er durch einen Verkauf der Sache, wenn sie ihm früher übergeben worden wäre, hätte machen können, so wenig, als den Schaden, der ihm bey einem Getreide-Verkauf, wenn seine Sklaven wegen später Uebergabe Hungers gestorben, erwachsen, in Anrechnung bringen. Diese Gesetzstelle hat nun offenbar bey denjenigen Rechtsgelehrten (von Cujas und Doneau bis zu Malblank, Glück und Höpfner herab), welche die Bestimmung einzelner Gesetze über Leistung des Interesse unter gewiße Regeln zu zwingen suchten, keine geringe Verwirrung hervorgebracht. Denn mag

man nun behaupten: daß bey den contractibus bonae fidei überhaupt auch das Interesse extra rem, nicht bloß das circa rem stattfinde, oder daß dolus und culpa lata und mora allein das Interesse extra rem begründen; überall tritt diese Stelle der Regel feindlich entgegen. Man hat daher auch der Gesetzstelle aufzuhelfen gesucht, und dem Verkäufer in unserem Beyspiel, welcher den Hunger-Tod der Sklaven veranlaßte, dolum et culpam latam abgesprochen, und ihm, im Fall eines dieser beiden vorhanden, auch die Folgen des Hunger-Todes der Sklaven aufgebürdet; so war die letztere Regel wenigstens gerettet, aber die Gesetzstelle hatte durch jene Einzwängung merklich gelitten, denn Paulus spricht ja offenbar auch in dem Falle: si ob eam rem, quod non sit traditum, also wenn eben deßwegen, weil das Getreide nicht zur gehörigen Zeit übergeben wurde, die Sklapen Hungers gestorben, den Verkäufer vom Hunger-Tode der Sklaven frey; dieß fühlte

Schöman, in der Lehre vom Schadens-Ersatze, 2r. Thl. S. 110. ff.

und er nimmt daher auch an, daß der Verkäufer in keinem Falle das nicht der Sache anklebende Interesse zu vergüten habe, und ich gestehe aufrichtig, daß ich mit aller Ueberzeugung der Meinung Schömans beytrete. Die Gründe hiefür aber finde ich theils in dem eigenen Ausspruch Paulus, daß auch selbst dann, wann des Verzugs halber die Sklaven Hunger gestorben seyen, der verzögernde Verkäufer für diesen Schaden nichts zu leisten habe, theils aber in der Uebereinstimmung mit anderen Gesetzstellen, nehmlich:

a) der

L. 1. pr. D. de act. emt. et vend. (18, 1.)

„Si res vendita non tradatur, *in id*, *quod interest*, agitur: *hoc est*, *quod rem habere in-*

terest emtoris: hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel emta est." — Denn hier spricht doch Ulpian ganz deutlich aus, daß das Interesse einzig und allein auf das *„rem habere,"* d. h. auf das Haben der Sache beschränkt seye, alles andere also, was nicht unmittelbar aus dem Haben hervorgeht, nicht in Berechnung komme;

b) mit der

L. 12. D. ej. tit.

„Si jactum retis emero, et jactare retem piscator noluit, *incertum ejus rei aestimandum est: si quod extraxit piscium. reddere mihi noluit, id aestimari debet, quod extraxit.*" Hier unterscheidet nehmlich Celsus deutlich zwischen dem Fischer, welcher einen Fischfang oder Fischzug verkaufte, und das Fangen der Fische verweigerte, und läßt hier Schätzung des ungewißen Gewinns zu, und zwischen dem, welcher die Uebergabe der wirklich gefangenen Fische verweigert, wo er bloß Schätzung derselben, also offenbar nur eine Schätzung des habere pisces zuläßt;

c) endlich aber in der Rechts-Gleichheit zwischen dem Käufer und Verkäufer: denn nach der

L. 19. D. de per. et commodo rei venditae (18, 6.)

„Venditori si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestabit: non omne omnino, quod venditor, mora non facta, consequi potuit, veluti si negotiator fuit, et pretio soluto, ex mercibus plus, quam ex usuris, quaerere potuit" — ist ja auch der Käufer, wenn er mit Bezahlung des Kaufschillings zögert, nicht weiter, als die Verzugs-Zinse zu bezahlen schuldig, somit also auch der Verkäufer auf das bloße *„habere*

pretium" beschränkt. Daß Paulus auch ganz in Betreff des Interesse des rem habere mit Ulpian übereinstimmt, ersehen wir aus seinen eigenen Worten „nec major (d. h. nehmlich extensiv vermehrt, erweitert), „fit obligatio" (d. h. es kommt keine Vermehrung von aussen hinzu), „quamvis crescat" (d. h. intensiv, sie erhöht sich in sich selbst, sie wächst aus sich heraus), „si vinum hodie pluris sit" (eine Vermehrung von innen heraus; ein Wachsen in rein natürlichem Sinne des Worts ergibt sich nehmlich nur dadurch, wenn sich der Werth der Sache ohne eine Vermehrung von aussen erhöht). Nachdem wir nun dargethan haben, daß nach der einstimmigen Lehre der Römischen Rechtsgelehrten der säumige Verkäufer dem Käufer nur das aus der verkauften Sache selbst herausgehende Interesse (interesse circa ipsam rem) zu leisten habe, so bleibt uns nun bloß noch die Anwendung dieses Satzes auf gegebene einzelne Fälle übrig. Es konnte nehmlich

a) der Werth der verkauften Sache während des Verzugs gestiegen, und bis zur Zeit der anfänglich verzögerten Uebergabe geblieben seyn; z. B. ein um 60 fl. erkaufter Aimer Wein kostet zur Zeit der verspäteten Uebergabe 100 fl. In diesem Falle hat der Verkäufer bloß den Aimer Wein zu übergeben; ist aber

b) die im Preise gestiegene Sache zur Zeit der verspäteten Uebergabe gefallen, so kann der Verkäufer nicht die Sache und den Ueberschuß des höchsten Werths während des Verzugs über den zur Zeit der Uebergabe bestandenen fordern; sein Interesse ist nehmlich bloß auf das rem habere beschränkt, und ob er sie, wenn er sie früher gehabt hätte, theurer hätte verkaufen können, kommt ja hier nicht in Betracht. Ist endlich

c) die Sache vom Verkauf bis zur Uebergabe immer im Werth gefallen, so kann der Käufer eben so wenig eine Preis-Verminderung verlangen, als der Verkäufer im Fall a) eine Preis-Erhöhung. Er erhält die Sache gegen den bestimmten Kauf-Preis, und somit ist ersichtlich, daß eigentlich bloß im Falle a) ein Interesse für den Käufer vorhanden ist. Dieß, wenn der Verkäufer noch die Sache übergeben kann, wenn er sie aber nimmer übergeben kann, weil er sie nimmer besitzt, z. B. nachher an einen Dritten verkauft hat, ist klar, daß sich der Käufer in den Fällen b u. c) mit bloßer Wieder-Erstattung des Kaufschillings begnügen muß; im Fall a) aber muß der Verkäufer nicht nur den Kaufschilling, sondern auch den Werths-Ueberschuß über denselben ersetzen, denn da hier seine Verbindlichkeit von innen heraus zugenommen hat (crevit), und der Käufer, dessen Interesse im habere rem besteht, wenn er die Sache erhielt, wirklich mehr als den Kaufschilling erhielte, so ist klar, daß hier in jener Preis-Erhöhung das Interesse des Käufers besteht.

XX. Aufsatz.

Ueber das spolium und die actio spolii, besonders in Hinsicht auf das Precarium.

(In einem Rechts-Fall.)

A. hatte in seinem Garten einen Brunnen, und gestattete dem B. jedoch nur *precario modo* einen Theil seines Quell-Wassers mittelst einer eigenen Dei-

chel-Lage für seinen Garten zu benützen. Später ließ nun A. ein Fabrik-Gebäude in seinem Garten errichten, hiezu bedurfte er dann seines ganzen Quell-Wassers, er ließ daher die Quelle anders fassen, und sein volles Wasser auf seine Fabrik hinleiten. Die Einrichtung, durch welche B. bisher sein Wasser bezogen hatte, wurde zerstört, und B. entbehrte das Wasser. Nun stellte er die actio spolii an, und bat, daß A. nicht nur zur Wiederherstellung derjenigen Einrichtung, durch welche er bisher sein Wasser bezogen, sondern auch zum Ersatz aller Kosten und Schäden angehalten werden möchte. Setzen wir nun den Fall, A. wird verurtheilt, und muß jene Einrichtung wieder herstellen, so hat er einen Schaden von 3000 fl., und diese sind ganz unnütz aufgewendet, denn wenn sie aufgewendet sind, stellt er sogleich das Interdictum de precario an, und siegt durch jenes gegen den B. Kann nun A. verurtheilt werden? Für den gemeinen Menschen-Verstand erscheint das Bejahen dieser Frage offenbar sehr ungereimt, und die Rechts-Pflege offenbar als eine Anstalt, welche auf Kosten Anderer Kartenhäuser baut, um sie wieder zu vernichten. Doch sehen wir uns nun um die Rechts-Gründe für die eine oder die andere Meinung um. Fragen wir nun hierüber das Römische Recht, so sagt uns dieses in der

L. 1. pr. D. de aqua quotid. et aestiva (43, 20.) folgendes:

„Ait Praetor, uti hoc anno aquam, qua de agitur, *non vi*, *non clam*, *non precario* ab illo duxisti: quo minus ita ducas, vim fieri veto.“ — Daß nun diese Stelle und dieses Interdict ganz auf den vorliegenden Fall passe, ersehen wir aus der

L. 1. §. 11. ej. tit.

„Illud quaeritur, utrum ea tantum aqua his interdictis contineatur, quae ad agrum irrigandum pertinet, *an vero omnis, etiam ea, quae ad usum quoque et commodum nostrum? Et hoc jure utimur, ut haec quoque contineatur.* Propter quod, etiam si *in urbana praedia* quis aquam ducere velit, hoc interdictum locum habere potest.“ — Aus der oben angeführten Stelle aber ersehen wir auch, daß dieses Interdikt dem Precaristen niemals zusteht. Allein wenn eben jener Precarist weiter behauptet, daß er durch das Verfahren des A. gewaltsamer Weise — also vi — aus dem Besitz gesetzt worden seye, so ist einmal nicht zu begreifen, wie im vorliegenden Falle eine vis — Gewalt im Sinne der Gesetze hier stattgefunden habe, da A. sich hier nur eines Ausflusses seines Eigenthums-Rechts bediente, und nach einem Rechts-Grundsatz is, qui jure suo utitur, neminem laedit. Gesetzt aber auch, jedoch nicht zugegeben, daß hier vis gebraucht worden seye, so konnte sich B. des Interdicts de vi et vi armata bedienen, wenn dieses auf den vorliegenden Fall anwendbar wäre, allein auch dieses Interdict ist auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar, weil B., was nach

L. 1. §. 3 — 5. D. de vi et vi armata (43, 16.)
§. 6. J. de interdictis (4, 15.)

nothwendig ist, nicht vom Grund und Boden verdrängt wurde (solo dejectus est).

Allein und nun stoßen wir allerdings auf einen schwierigen Punkt; B. hat auch nicht ein Römisches Interdict, sondern er hat die canonische Spolien-Klage angestellt, diese Spolien-Klage nun hat, wenn man die gewöhnlichen Praktiker, an deren Spitze

Mevius, Part. VIII. Dec. 383. Tom. II. p. 403.

steht, liest, alle Römischen Interdicte, ja die ganze Lehre des Römischen Rechts vom Besitz indifferenzlirt und untergraben. Hier kommt es durchaus nimmer darauf an, wie der Besitz beschaffen seye, nimmer auf die feineren Unterscheidungen der Römischen Interdicte; selbst der Dieb, der Räuber steht unter dem Schutze dieser Spolien-Klage; kein Unterschied zwischen gewaltsamer und anderer Entziehung des Besitzes, keiner zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, mit einem Wort, die Spolien-Klage ist ein Pflaster für alle Wunden, eine Arzney für alle Krankheiten, und unter dem Schatten dieses Baums kann der Verbrecher so süß als der rechtliche Mann schlummern. So lehren uns die Praktiker. Fragt man nach der Quelle, aus welcher dieser allein beseligende Born fließt, so wird man auf die

L. 3. C. 3. qu. 1.

„Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel ejectis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum et in eo loco, unde abscesserant, funditus revocanda quacunque conditione temporis aut captivitate aut dolo aut violentia malorum, aut per quascunque injustas causas, res ecclesiae vel proprias, id est substantias suas perdidisse noscuntur ante accusationem, aut regularem ad synodum vocationem eorum etc.“ verwiesen. Allein erstens rührt diese Stelle, wie

Boehmer in seinem Corpus Juris Canonici ad h. c. (Halae 1774.); und Spittler, Geschichte des Canonischen Rechts, Halle 1778. S. 261. 272.

erwiesen haben, aus den Pseudoisidorischen Decretalen her; zweytens aber, wenn sie auch ächt wäre, so ist sie, wie schon der berühmte

Gonzalez, de Tellez in Comment. ad cap. 18. X. de restit. spoliat. no. 4. Menochius de recup. possess. remed. XV. no. 64. seqq.

und nach ihnen

Boehmer, in jure Ecclesiastico Protest. L. 2. tit. 13. §. 7. seqq. Tom. I. p. 1128. seqq. und Savigny, das Recht des Besitzes, §. 50. 3te Ausgabe, S. 541 — 549.

erwiesen, nur die Anwendung des Interdicts unde vi auf einen bestimmten Fall; drittens ist durchaus nicht abzusehen, daß durch diese Stelle das Canonische Recht offenbar ein ganz neues von seinen eigenen sogar späteren Verordnungen

J. Boehmer, l. s. c. §. 5. p. 1126. et 1127.

abweichendes, ja denselben geradezu widersprechendes Rechtsmittel habe einführen wollen; viertens aber, und dieß möchte doch wohl noch das entscheidendste seyn, ist jene Meinung der Praktiker, welche sich durchaus auf kein Gesetz stützt, noch höchst ungereimt, denn nach ihr müßte selbst dem praedo, wenn er des Besitzes wieder entsetzt wurde, das Interesse geleistet werden. Daher können wir also auch jenes allgemeine Rechtsmittel durchaus nicht anerkennen, sondern wir behaupten vielmehr, daß, wer irgend eine Klage auf Besitz anstellen will, sich eines Römischen Interdicts zu bedienen habe; und nach den Grundsätzen desselben erscheint die Klage des B. rein unstatthaft.

Vermischte Aufsätze

aus dem Gebiete

der

reinen und angewandten

Rechtswissenschaft

von

Dr. Reinhardt,

Königl. Würtembergischem Ober-Justiz-Rath und Stadt-Richter für die Residenz-Stadt Stuttgart.

Zweytes Heft.

Stuttgart,
bey Joh. Fried. Steinkopf.
1823.

Vorwort.

Indem ich dem Publikum hier das zweyte Heft meiner Aufsätze übergebe, habe ich bloß in Hinsicht auf die schon früher erschienenen „Erläuterungen des Pandekten-Titels de novi operis nuntiatione“ und die in meinem „Gannt und Ganntverfahren“ abgedruckten Aufsätze über die Paulianische Klage zu bemerken, daß ich jene Aufsätze überhaupt für eine Sammlung meiner kleinern Schriften bestimmt habe; übrigens — ist die Verlagshandlung bereit, den Besitzern des erstern einzelnen Aufsatzes eine verhältnißmäßige Preisvergütung zukommen zu lassen.

Stuttgart, im September
1823.

Der Verfasser.

Inhalt des zweyten Hefts.

Inhalt.

Inhalt.

§. 1.

Die Nuntiatio Novi Operis entstand aus dem Edict des Prätors.

Daß die Nuntiatio Novi Operis aus dem Edict des Prätors entstand, ersehen wir aus der L. 1. pr. D. h. t. [1]), welche so beginnt: „Hoc edicto promittitur" [2]) und ein Bruchstück aus Ulpians 52stem Buch ad Edictum ist. Unerachtet nun in unserm Titel [3]) einige Stellen dieses Edicts angeführt sind, so scheint doch der Anfang desselben zu fehlen. Westenberg [4]) versuchte denselben auf folgende Art zu ergänzen: „Si novum opus nuntiatum fuerit, ab „eo, qui juraverit, se non calumniæ causa id „facere, ne quidquam novi operis fiat, vetabo, „antequam nuntiatio missa facta fuerit, vel vice „nuntiationis missæ de opere restituendo satis„datum sit."

1) 39, 1.

2) Statt diesem, „promittitur," welches in der Florentina steht, liest man in einigen Handschriften „permittitur." Erstere scheint aber die richtige Lesart zu seyn. Antonii Augustini Emendationum L. I. Cap. 3. (in Ottonis Thesauro Juris Romani Tom. IV. p. 1442.) Duaren ad tit. D. de N. O. N. Prælect. I. (in Operibus, Francof. 1598. p. 588.) Joannis Leunclavii Notatorum L. II. §. 84.) (in Ottonis Thes. Tom. III. p. 1522.)

3) L. 20. pr. u. §. 9. D. h. t. (39, 1.)

4) (Joan. Ortwin) Principia juris secundum ordinem Digestorum. Vindobonæ 1764. L. 39. tit. 1. §. 4. Tom. II. p. 347.

§. 2.

Uebersetzung des Ausdrucks: „Novi Operis Nuntiatio" ins Deutsche.

Daß der Ausdruck Novi Operis Nuntiatio durch „Untersagung, Verkündigung, Verbot oder Anzeige einer neuen Anlage, Werks oder Baues übersetzt werden könne, haben bereits mehrere Rechtsgelehrte [1]) bemerkt. Uns scheint aber die durch „Verhinderung eines neuen Werks" die geeignetste zu seyn, und wir werden uns künftig derselben bedienen.

1) Claproth in seiner Einleitung in sämmtlich summarische Processe. 3te Auflage. Göttingen 1793. §. 255. S. 324. Bardili in Diss. de N. O. N. Tubing. 1665. §. 1. p. 4. Lauterbach Colleg. theoret. practicum. L. 39. tit. 1. §. 2. Tom. III. p. 2. Schmid (Ernst Gottfried) in seinem Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 180. 1 Thl. S. 280.

§. 3.

Begriff und Erklärung des unter dem Nahmen „Verhinderung eines neuen Werks" vorkommenden Rechtsmittels.

Leider finden wir in dem Römischen Recht keine gesetzliche Erklärung dieses Rechtsmittels. In den Schriften der Rechtsgelehrten [1]) findet man zwar Erklärungen, allein sie sind mehr oder weniger unvollständig. Die beste ist übrigens die Struvische [2]). „Novi operis nuntiatio est legitima prohibitio, „alteri, contra pristinam formam ædificium „paranti, ab eo, cujus propter jus in re, quod „habet, interest id non fieri, facta, ne ædificando vel etiam demoliendo pergat, donec de „jure constituerit, aut eo nomine præstita fuerit cautio." Wollen wir nun aber eine richtige Erklärung hievon geben, so müssen wir vorerst den

Begriff von „novum opus" festsetzen. Auch hierüber findet man nun bey mehreren Rechtsgelehrten [3]) Erklärungen. Die beste derselben aber sind

1) die von Claproth [4]): „Eine neue Anlage ist, „wenn auf dem Grund und Boden wider den bisherigen Besitz und Form etwas zu unserem Nachtheil „entweder gebauet oder niedergerissen werden solle,"

2) die von Günther [5]): „opus novum est „mutatio in re immobili, quæ contra pristinam „faciem ædificando vel destruendo fit," und

3) die von Schmidt [6]): „Unter einem neuen „Werke ist ein solches Unternehmen zu verstehen, wenn „Jemand auf seinem eigenen, oder auf fremdem Grund „und Boden wider den bisherigen Besitz und Form „zum Nachtheil eines Andern etwas zu bauen, oder „das, was schon erbaut war, niederzureissen anfängt." —

Diese Schriftsteller berufen sich nun auch gleich den Uebrigen, welche minder befriedigende Erklärungen gegeben haben, auf die L. 1. §. 11. [7]) und 12. [8]). und die L. 21. §. 3. D. h. t. [9]). In diesen Gesetzstellen kommen nun aber einige Ausdrücke vor, welche wir vorerst zu erklären haben, nehmlich

1) den Ausdruck „opera, quæ solo conjuncta „sunt, et quæ in solo fiunt." Hören wir nun den berühmten Barnabas Brisson [10]) hierüber, so sagt uns derselbe Folgendes: „Solum adpellant „JCti aream, cui ædificium [11]) superponitur. „L. 21. D. de pign. act. L. 2. C. de Rei Vin„dic. [12]) quod et ideo partem esse ædium di„cunt. L. 49. D. de Rei Vindic. [13]) In solo „autem opera fieri dicuntur, quæ solo con„juncta sunt, veluti si quis ædificium ponat

„in solo, etc. et hoc ita in N. O. N. obtinet,“ woraus nun erhellt, daß eine „res solo conjuncta oder „res, quæ in solo fit,“ in der vorliegenden Bedeutung ein Gebäude heißt. Mit dieser Erklärung stimmt auch der alte Ulrich Zasius [14]) überein, und die unläugbare Richtigkeit derselben ergibt sich aus der Vergleichung der L. 1. §. 12. D. h. t.[15]) mit der L. 7. §. 5. D. quod vi aut clam [16]).

Wir haben aber

2) den Ausdruck „facies“ zu erklären. Von diesem Wort gibt uns nun Brisson [17]) folgende Erklärung: „facies metaphorice pro cujuslibet rei „vel corporis exteriore forma et figura, quæ „sub aspectum cadit, usurpatur [18]) etc. Donatus in Eunucho Terentii Act. II. Scen. 3. „exponit speciem, quæ adparet et cernitur.“ Somit wäre also „species“ mit „forma“ ganz gleichbedeutend, womit auch, wie uns Brisson [19]) weiter belehrt, der alte Grammatiker Festus übereinstimmt. „Forma, ut ait Festus, faciem cujusque rei significat.“ Daß aber „forma“ nur das Aeußere, oder die Außenseite, oder um es ganz deutlich auszudrücken, nur die in die Sinne fallende bestimmte Art der Raumerfüllung bedeute, ersehen wir außer den vielen von Brisson angeführten Stellen vorzüglich aus der L. 13. §. 1. D. de Verborum signif. [20]). Doch warum so viele Worte in einer so scheinbar klaren Sache? möchte Mancher fragen. Wir aber erwiedern, um der Schwachen und Unglaubigen willen; es behaupten nehmlich Dionys Gothofreed [21]), Heineccius [22]), und Ulrich Zasius [23]): daß „facies“ auch das Innere einer Sache bedeute, allein den Beweis hiefür sind sie uns sämmtlich schuldig geblieben. Wir aber können für

unsere Behauptung noch einen weitern führen. Es behauptet nehmlich Ulpian [24]) selbst, wenn einer bloß sein altes Gebäude stütze, finde die Verhinderung eines neuen Werks nicht statt, weil durch das bloße Stützen die Außenseite desselben nicht verändert werde. Nachdem wir nun aber erwiesen haben, daß unter einer „res solo conjuncta," oder „res, quæ in solo fit," in der vorliegenden Bedeutung nur „ein Gebäude" und unter „facies" nur „das Aeu„ßere oder die Außenseite" verstanden werden kann, so können wir nun auch die ganz richtige Erklärung eines neuen Werks dahin geben: „Ein neues „Werk im Sinne unsers Titels ist nichts „anderes, als die Errichtung eines neuen „Gebäudes, oder die Veränderung eines „bereits bestehenden in Hinsicht auf die „Außenseite." „Die Verhinderung eines „neuen Werks aber ist „dasjenige Rechtsmit„tel, welches jedem bey Errichtung eines „neuen Gebäudes oder Veränderung ei„nes alten in Hinsicht auf Außenseite Be„theiligten dahin zusteht, dasselbe so lang „zu verhindern, bis entweder in der Sache „entschieden, oder ihm Sicherheit geleistet ist." Die Beweise dafür aber, daß dieses Rechtsmittel nur dem Betheiligten, und daß es ihm in der Regel auch nur so lange, bis ihm Sicherheit geleistet ist, zustehe, werden unsere Leser im Verfolg finden. Die Sätze selbst mußten wir hier — als erwiesen — voraussetzen. Ob übrigens das Gebäude, welches neu errichtet, oder in Hinsicht auf Außenseite verändert werden solle, innerhalb oder außerhalb Orts, und auf wessen Grund und Boden es stehe? ist gleichviel [25]).

1) Justus Hennings Boehmer Introductio in jus Digestorum L. 39. tit. 1. §. 1. Part. II. p. 315. Brunnemann Commentarius in Codicem L. 8. tit. 11. §. 1. p. 953. van Eck Principia Juris Civilis secundum ordinem Digestorum. Ed. 5ta. Trajecti ad Rhenum 1724. L. 39. tit. 1. §. 1. Tom. II. p. 309. Heineccius Elementa Juris Civilis secundum ordinem Pandectarum. Ed. 3a. Part. VI. §. 93. p. 121. Hellfeld Jurisprudentia forensis. Ed. Nov. cura Oeltze. Jenæ 1787. §. 1670. p. 647. Hoffacker Princ. I. C. R. G. §. 4095. Tom. III. p. 525. Huber Praelectiones juris Romani et hodierni ad L. 39. tit. 1. D. §. 1. Tom. III. p. 1388. Lauterbach Colleg. theoret. pract. ad hunc tit. §. 3. Tom. III. p. 2. Bardili Diss. de N. O. N. §. 2. p. 4. Madihn Principia Juris Romani Francof. 1791. §. 164. Tom. I. p. 231. Malblanc Pr. J. R. §. 407. Tom. II. p. 146. Perez Praelectiones in Codicem. Ed. nov. Amstelod. 1671. L. 8. tit. 11. §. 1. Tom. II. p. 30. Schoepffer Synopsis juris privati. L. 39. tit. 1. §. 1. p. 634. Voët Comment. in Pand. L. 39. tit. 1. §. 2. Editio tertia. Venet. Tom. V. p. 349. Udalricus Zasius ad L. 1. h. t. (in Operibus Tom. III. p. 1.). Westenberg Princ. Juris. L. 39. tit. 1. §. 6. Tom. III. p. 347.

2) Syntagma Juris Civilis. Ed. 3. cum additionibus Petri Mülleri. L. 39. tit. 1. §. 2. Tom. III. p. 1.

3) J. H. Boehmer Doctrina de actionibus. Ed. 6ta. Sect. II. Cap. IV. §. 43. van Eck Princ. J. C. L. 39. tit. 1. §. 2. Tom. II. p. 809. Hellfeld Jurisprud. for. §. 1670. p. 647. Malblanc P. J. R. §. 407. Tom. II. p. 146. Struv Syntagma J. C. l. c. §. 7. Tom. III. p. 8. Westenberg P. J. l. c. §. 7. Tom. II. p. 347.

4) Einleitung in sämmtliche summarische Processe. §. 255. S. 374.

5) P. J. R. N. §. 1096. Tom. II. p. 809.

6) (Ernst Gottfried) Commentar zu seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden ꝛc. §. 180. 1 Thl. S. 278.

7) „Opus novum facere videtur, qui aut ædificando,

„aut detrahendo aliquid, pristinam faciem operis „mutat."

8) „Hoc autem Edictum non omnia opera complectitur: „sed ea sola, quae solo conjuncta sunt, quorum „ædificatio vel demolitio videtur opus novum con„tinere. Idcirco placuit, si quis messem faciat, ar„borem succidat, vineam putet: quamquam opus fa„ciat, tamen ad hoc Edictum non pertinere: quia „ad ea opera, quae in solo fiunt, pertinet hoc Edi„ctum."

9) „Opus novum autem factum accipimus, non si unum „vel alterum cementum fuit impositum: sed si pro„ponatur instar quoddam operis, et quasi facies „quaedam facta operis."

10) De Verborum significatione. Ed. Heineccii. Halæ Magdeburg. 1743. p. 1260.

11) 13, 7.

12) 3, 32.

13) 6, 1.

14) ad L. 1. §. 12. h. t. (in Operibus. Tom. III. p. 7. u. 8.) „Opus in solo fieri intelligitur tripliciter. Ali„liquando fit in solo ædificando, vel demoliendo, et „hoc casu sine dubio potest mitti nuntius: sic loqui„tur textus noster, et ita summavimus eam. Ali„quando fit in solo, id est, circa solum rumpendo „terram: et illa opera non pertinent ad edictum „nostrum, quia nihil facto hominis ædificatur, vel „destruitur: sed pertinent ad interdictum, quod vi „aut clam. Et sic bona esse potest prima solutio. „Et arborem succidere, saliceta, arundineta, illa „pertinent ad interdictum, quod vi aut clam, et in „talibus non posset nuntiari, nisi damnum vicinus „timeret: et hoc loco bona esse potest tertia solutio. „Tertio opus est fieri in solo, ubi terra nec rum„pitur, nec frangitur, ut si poma colligat, unus „decerpat etc. et hæc nec ad nostrum edictum, nec „ad interdictum, quod vi aut clam, pertinent: et „potest à neutro prohiberi, sed actionem furti ha„bebit."

15) abgedruckt in der 8ten Bemerkung.

16) (43, 24.) „Notavimus supra, quod, quamvis verba „interdicti late pateant, tamen ad ea sola opera „pertinere interdictum placere, quaecumque fiant in „solo: eum enim, qui fructum tangit, non teneri „interdicto quod vi aut clam: nullum enim opus in „solo facit. At qui arbores succidit, utique te-„nebitur: et qui harundinem et qui salicetum: terrae „enim, et quodammodo solo ipsi corrumpendo ma-„nus infert. Idem et in vineis succisis. Ceterum, „qui fructum aufert, furti debet conveniri. Itaque „si quid operis in solo fiat interdictum locum ha-„bet. In solo fieri accipimus, et si quid circa ar-„bores fiat, non si quid circa fructum arborum."

17) l. s. c. p. 460.

18) Hier führt Brisson eine Stelle aus Aulus Gellius Noct. Atticae an, aber falsch; er führt nehmlich L. 13. cap. 8. an, die angeführte aber befindet sich L. 13. cap. 29. (Ed. Gronov. cura Conradi, Part. II. p. 195.). Doch wir wollen diese Stelle vollständig hier geben: „si-„cuti quidam faciem esse hominis putant os, tan-„tum, et oculos et genas, quod Græci πρόσωπον di-„cunt: quando facies sit forma omnis, et modus, et „factura quaedam corporis totius, à faciendo dicta, „ut ab aspectu facies et a fingendo figura. Non so-„lum autem in hominum corporibus, sed etiam in „rerum cujusquemodi aliarum, facies dicitur; nam „montis et coeli et maris facies, si tempestive dica-„tur, probe dicitur.

19) l. s. c. p. 495.

20) (50, 16.). „Res abesse videntur, ut Sabinus ait, et „Pedius probat, etiam hae, quarum corpus manet, „forma mutata est: et ideo si corruptae redditae „sint, vel transfiguratae, videri abesse: quoniam „plerumque plus est in manus pretio, quam in re."

21) in nota 11. ad §. 11. L. 1. D. de N. O. N. 39. 1. (in Corpore Juris, Tom. II. p. m. 726. „Mutatio „qualitatis intrinsecae opus novum facit." Zum Beweis beruft er sich auf die L. 1. §. 13. und L. 2. §. 2.

de Verb. Oblig. (45, 1.). Diese weitläufen Gesetzstellen können wir nun, um Raum zu ersparen, nicht geben, allein wir wollen jeden unsern Leser recht sehr bitten, dieselben auch nur eines flüchtigen Blicks zu würdigen, um sich zu überzeugen, daß Gothofred hier reinen Unsinn behauptet hat. Diesen Unsinn hat er aber auch, wie wir in der 23sten Bemerkung zeigen werden, von dem alten Zasius abgeschrieben.

22) ad Brissonium de Verb. Signif. ad vocem „facies“ p. 460. „Imo plerumque et interior rei qualitas, „seu status rei *facies* vocatur.“

23) ad L. 1. §. 9. D. h. t. (in operibus Tom. III. p. 6. „Ultimo colligite in verbo „Opus.“ Quod tunc dici-„tur species rerum mutari, quando status et facies, „et aliquid ex intrinseco mutatur. Mutatio qualitatis „intrinsecae facit opus novum, vel faciem novam „textus in L. 1. §. 3. D. de Verb. Oblig. also die „nehmliche Gesetzstelle, auf welche sich Gothofred be-„rufen hat.“

24) L. 1. §. 13. D. h. t. „si quis ædificium vetus fulciat, „an novum opus nuntiare ei possumus, videamus? „et magis est, ne possimus: hic enim non opus no-„vum facit, sed veteri sustinendo remedium adhibet.“ Statt dem Wort „fulciat“ liest man nun, wie schon Duaren ad Tit. D. de N. O. N. Cap. II. (in Operibus Francof. 1598. p. 583. u. 584.) bemerkt hat, in einigen Handschriften „reficiat,“ aber irrig, denn nach den vorliegenden Gesetzstellen kommt es bey Entscheidung der Frage: ob die Verhinderung eines neuen Werks bey der bloßen Ausbesserung eines Gebäudes statt finde? auf die Entscheidung der Vorfrage an: ob durch diese Ausbesserung die Außenseite des auszubessernden Gebäudes verändert wird oder nicht, wie auch Duaren dieses Räthsel glücklich gelöst hat.

25) L. 1. §. 14. D. h. t. „Sive autem intra oppida, sive „extra oppida in villis vel agris opus novum fiat, „nuntiatio ex hoc Edicto locum habet: sive in pri-„vato, sive in publico opus fiat.

§. 4.

Von der Art, auf welche man sich dieses Rechtsmittels bedienen kann?

Die Gesetzstellen, welche von der Art, wie man sich dieses Rechtsmittels bedienen müsse? handeln, sind die L. 1. §. 2. [1]) §. 4. [2]) §. 9. [3]) L. 5. §. 4. [4]) §. 2. [5]) §. 7. [6]) §. 16. [7]) In diesen Gesetzstellen sind nun aber offenbar folgende Sätze enthalten:

a) die Verhinderung des neuen Werks muß bey dem neuen Werk selbst geschehen, sie kann nicht vor dem geeigneten Gerichtshof geschehen, und nur dann, wann sie nicht bey dem Werk selbst geschehen kann, kann sie ausnahmsweise auch bey dem Gerichtshof vorgebracht werden,

b) sie kann deßwegen auch zu jeder Zeit, und selbst an Feyertagen im rechtlichen Sinne des Worts geschehen, und

c) erst nach derselben findet die gerichtliche geeignete Verhandlung statt. Dieser ganz klaren Gesetzstellen unerachtet behauptet bey weitem die Mehrheit der Rechtsgelehrten [8]), daß dieses Rechtsmittel sowohl gerichtlich, als außergerichtlich ergriffen werden könne, und theilt die außergerichtliche Art wieder in die mündliche und thätliche ein, welch letztere durch einen Steinwurf, oder wie sogar einige [9]) behaupten, unter gewissen Umständen durch Einreissen des Werks, nehmlich wenn das Werk auf des Betheiligten Grund und Boden stehe, und dieses sogleich geschehe, — vorgenommen werden könne. Allein wir wissen ihrer Meinung um so weniger beyzupflichten, als sie einmal selbst zugeben, daß im Sinne des Römischen Rechts die von uns angegebene einzige Art vorzugsweise N. O. N. heisse, und zweytens es eben nicht sehr schwer

ist, die Gründe, die sie für ihre Meinung anführen, zu widerlegen. Sie führen nehmlich

1) die L. 5. §. 10. h. t. [10]) an, allein wenn man diese mit Aufmerksamkeit und Bedacht liest, so sieht man gleich, daß Ulpian der Verfasser dieser Stelle das „prohibere per Praetorem, „vel per manum, id est lapilli ictum“ der N. O. N. entgegengesetzt, und daß er hier überhaupt demjenigen, dem auf seinem eigenen Grund und Boden etwas erbaut wird, räth, eher des Interdicti quod vi aut clam, als der N. O. N. sich zu bedienen [11]), weil er auf diese Art seinen Gegner nicht in Besitz setze. Hier müssen wir also nothwendig beide Rechtsmittel mit einander vergleichen. Hatte nehmlich jemand vi, d. h. der von Jemand geschehenen Untersagung unerachtet [12]), auf welche Art diese geschehen war, war gleichgültig [13]); oder clam, d. h. ohne daß er seinen Gegner, oder denjenigen, in dem er einen Gegner vermuthen konnte, in Kenntniß gesetzt hatte [14]), ein neues Gebäude errichtet, oder ein bereits bestehendes in Hinsicht auf die Außenseite verändert, so konnte sich der Untersagende des Interdicts, quod vi aut clam mit der Wirkung bedienen, daß das vi aut clam bereits erbaute wieder niedergerissen werden mußte. [15]). Allein setzen wir nun den Fall, daß dem Errichter eines neuen Werks dasselbe weder untersagt worden, noch er es heimlich im vorliegenden Sinne des Worts errichtet hatte, so konnte ja der Betheiligte sich dieses Interdicts nimmer bedienen; wollte er nun die Fortsetzung desselben hindern, so blieb ihm nichts als die N.

O. N. übrig, allein diese bewirkte nicht, daß das bereits errichtete wieder niedergerissen werden mußte, sondern bloß dasjenige, was nach der N. O. N. errichtet wurde, mußte niedergerissen werden, und in dieser Hinsicht sagt also auch Ulpian in der angeführten L. 5. §. 10. [16]) und L. 1. §. 6. [17]), daß man durch die N. O. N. dem Gegner den Besitz einräume [18]), fieng freylich der Gegner erst an, ein neues Werk zu errichten; denn daß auch gleich im Anfang die N. O. N. statt finden konnte, liegt in dem klaren Inhalt der L. 5. §. 2. [19]); so war es durchaus gleichgültig, ob er sich des Interdicts quod vi aut clam, oder der N. O. N. bediente, stand aber bereits ein Theil desselben, so war es viel vortheilhafter für ihn, sich, wenn es noch möglich war, des Interdicts quod vi aut clam, weil hier der Theil, der bereits stand, niedergerissen werden mußte, als der N. O. N., wo das bereits errichtete stehen blieb, zu bedienen. War aber weder Gewalt noch Heimlichkeit vorhanden, so blieb dem Betheiligten natürlich weiter nichts, als die N. O. N. übrig, aber dann blieb eben das bereits errichtete stehen. [20]). Daher räth also Ulpian die Zeit, wo man sich noch des Interdicts wegen Gewalt oder Heimlichkeit bedienen könne, nicht verstreichen und es darauf ankommen zu lassen, daß man sich dann nur noch der N. O. N. bedienen könne; womit nun auch die Gegner, welche offenbar das Interdict wegen Gewalt oder Heimlichkeit mit der Verhinderung eines neuen Werks verwechselt haben, widerlegt sind. Sie berufen sich aber zum Beweise ihres

Satzes, daß unser Rechtsmittel auch gerichtlich ergriffen werden könne,

2) auf die L. 16. [21]), allein diese enthält ja offenbar den Satz, daß der Prätor, bey dem die Verhinderung eines neuen Werks angezeigt werden wollte, den Anzeigenden dazu anwies, sich dieses Rechtsmittels auf die vorgeschriebene Art zu bedienen, und endlich

3) berufen sich diejenigen, welche gar eigenmächtige Zerstörung des neuen Werks erlauben, auf mehrere Gesetzstellen [22]), in welchen aber ihr Satz nicht enthalten ist, und wie stimmt denn dieses mit dem doch deutlich ausgesprochenen Satz: daß die N. O. N. den Gegner zum Besitzer mache, überein? Doch genug, es ist erwiesen, daß es nur eine einzige Art der Verhinderung eines neuen Werks gibt, und daß diese außergerichtlich mündlich vor dem neuen Werk selbst statt finden muß.

1) „Nuntiatio ex hoc Edicto non habet necessariam „Praetoris aditionem: potest enim nuntiare quis, et „si eum non adierit."

2) „Item nuntiatio omnibus diebus fieri potest."

3) „Et post N. O. N. committunt se litigatores praetoriae „jurisdictioni."

4) „Si quis forte in foro domino opus novum nuntiat, „hanc nuntiationem nullius esse momenti, exploratissimum est: in re enim praesenti, et paene dixe„rim, ipso opere, hoc est in re ipsa nuntiatio fa„cienda est."

5) „Nuntiationem autem in re praesenti faciendam, me„minisse oportebit, id est, eo loco, ubi opus fiat, „sive quis aedificet, sive inchoet aedificare."

6) „Si quis ipsi Praetori velit opus novum nuntiare, de„bet, ut interim testetur, non posse se nuntiare: et

„si nuntiavit postea, et quod retro aedificatum erit, „destruendum erit, quasi repetito die nuntiatione „facta."

7) „Si in pluribus locis opus fiat, utrum una nuntiatio „sufficiat, an vero plures sint necessariae? Et ait „Julianus L. XLIX. Dig. quia in re praesenti fit nun-„tiatio, plures nuntiationes esse necessarias."

8) Berger Oeconomia juris. Ed. 5ta. Lips. 1741. L. II. Tit. 6. §. 3. not. 9. p. 553. Claproth in der Einleitung in sämmtliche summarische Processe §. 256. S. 376. van Eck P. J. C. L. 39. Tit. I. §. 6. Tom. II. p. 310. Geyl Practicarum Observationum L. I. Observ. 16. nro. 11. p. 21. Hoffacker P J. C. R. G. §. 4096. Tom. III. p. 527. Huber Praelect. J. Rom. et hodierni ad L. 39. Tit. 1. D. §. 6. Tom. III. p. 1389. Bardili Diss. de N. O. N. §. 3 — 5. p. 5. u. 6. Lauterbach Colleg. theoret. pract. L. 39. Tit. 1. §. 6. Tom. III. p. 3. Madihn Princ. J. R. §. 164. Tom. I. p. 222. Malblanc P. J. R. §. 407. Tom. II. p. 146. Mevius ad jus Lubecense L. III. Tit. 12. Art. 15. nro. 2. p. 655. Perez Praelect. in Cod. L. 8. Tit. 11. §. 11. Tom. II. p. 31. Schoepfer Synopsis juris privati. L. 39. Tit. 1. §. 1. p. 634. Struv Syntagma J. C. L. 39. Tit. 1. §. 3. Tom. III. p. 2. Stryck Usus Mod. Pand. L. 39. Tit. 1. §. 1 — 3. (in Oper. praestant. Tom. I. p. 952.) Walch Introductio in Controv. J. C. Ed. II. p. 447. Westenberg Princ. Juris L. 39. Tit. 1. §. 11 — 16. Tom. II. p. 348. u. 349. Voët ad hunc Tit. §. 2. Tom. V. p. 349. Zasius ad L. 1. §. 2. h. t. nro. 14. (in Operibus Tom. III. p. 6.)

9) J. H. Boehmer Introductio in jus Digestorum L. 39. §. 2. Tom. II. p. 315. u. Diss. de jure futuro. Cap. II. §. 15. (in Exercit. ad Pand. Tom. I. p. 185. u. 186.) Günther P. J. R. N. §. 1096. Tom. II. p. 809. Hellfeld Jurisprudentia forensis. §. 1671. p. 647. Leyser Medit. ad Pand. Spec. 426. Med. 1. 4. u. 7. p. 1134. — 37. Schaumburg Compend. juris Dig. Ed. 4ta L. 39. Tit. 1. §. 3. Tom. II. p. 318. Schmid (Ernst Gottfried) Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 180. 1. Thl. S. 280. Thibaut System des Pandectenrechts. 4te Aufl. §. 322. 1. Thl.

S. 241. Westphal de libertate et servitutibus praediorum. Lips. 1773. Sect. II. Cap. 13. §. 317. 322. u. 323. p. 218. u. 221. welchem aber Bardili, Lauterbach, Malblanc a. d. o. a. D. Struben in den rechtlichen Bedenken 5r Thl. 19tes Bedenken. S. 40. Voët ad hunc Tit. §. 2. Tom. V. p. 349. und Zasius ad L. 1. §. 2. D. h. t. nro 3. u. 4. (in Oper. Tom. III. p. 4.) der übrigens sonst hier auch irriger Meynung ist, widersprechen.

10) „Meminisse autem oportebit, quoties quis in nostro „aedificare, vel in nostrum immittere, vel projicere „vult: melius esse, eum per Praetorem, vel per „manum, id est, lapilli ictum prohibere, quam operis novi nuntiatione: ceterum o. n. n. possessorem „eum faciemus, cui nuntiaverimus. Aut in suo quid „faciat, quod nobis noceat: tunc operis novi denun„tiatio erit necessaria. Et si forte in nostro aliquid „facere quis perseverat, aequissimum erit, Inter„dicto adversus eum quod vi aut clam: aut uti pos„sidetis, uti."

11) Dieß haben auch Duarenus ad Tit. D. de N. O. N. Cap. 6. (in Operibus p. 587.) Püttmann in Probab. J. C. L. 1. p. 145. u. Strauch Diss. de operis n. n. Jenae 1668. wohl eingesehen.

12) L. 1. §. 5 — 9. D. quod vi aut clam (43, 24.)

13) die so eben angeführten Gesetze und L. 20. §. 1. D. ej. tit.

14) L. 3. §. 7. u. 8. L. 4. u. 5. D. ej. Tit.

15) L. 1. pr. D. ej. Tit. „Praetor ait, quod vi aut clam „factum est, qua de re agitur, id, cum experiendi „potestas est, restituas."

16) Abgedruckt in der 10ten Bemerkung.

17) „In operis autem novi nuntiatione possessorem ad„versarium facimus."

18) Unrichtig hat Duaren den Satz: daß durch die n. o. n. dem Gegner der Besitz eingeräumt werde dadurch, weil er, wenn er Sicherheit leiste, an der Fortsetzung desselben nicht gehindert werden könne, in der §. 11. angeführten Stelle erklärt, allein, daß dieß nicht der Sinn seye, er-

hellt aus der L. 3. §. 5. u. 6. D. quod vi aut clam (43, 24) indem nach diesem auch bey diesem Interdict Sicherheitsleistung Statt finden kann, sondern bloß in so weit macht die N. O. N. den Errichter eines neuen Werks zum Besitzer, weil das vor derselben errichtete nicht niedergerissen werden kann. L. 8. §. 5. u. L. 20. pr. §. 1 — 3. D. h. t.

19) Dieß ist auch der Sinn der L. 1. §. 1. D. h. t. „Hoc „autem Edictum, remediumque operis novi nuntia-„tionis, adversus futura opera inductum est, non „adversus praeterita: hoc est, adversus ea, quae „nondum facta sunt, ne fiant etc.“ wie auch Duaren ad h. t. Praelect. I. (in Oper. p. 589.) und Zasius ad L. 1. §. 1. h. t. (in Oper. Tom. III. p. 3. u. 4.) ganz richtig bemerkt haben.

20) „Si opus novum praetor jusserit nuntiare,“ daß hieraus aber durchaus kein Schluß auf den in Frage stehenden Satz gemacht werden könne, hat schon Duaren in der in der 11. Bemerkung angeführten Stelle behauptet: „nec ex illius legis sententia colligi potest Praetorem nunciasse.“

21) L. 27. D. de servitut. praed. urban. (8, 2.) L. 29. D. ad leg. Aquil. (9, 2.) L. 50. D. de adquir. rerum domin. (41, 1.) L. 3. §. 9. D. de vi et vi armata (43, 16.). L. 32. §. 2. D. quod vi aut clam (43, 24.) L. 2. C. ut nemini liceat (2, 17.).

22) Diesen Widerspruch haben auch Duaren ad h. tit. Cap. 6. in fine (in Operibus p. 588.) und Zasius ad L. 1. §. 2. no. 3. u. 4. (in Operibus Tom. III. p. 4.) bemerkt, unerachtet sie selbst auch irriger Meinung waren.

§. 5.

Vorsichtsmaaßregeln bey Ergreifung dieses Rechtsmittels.

Daß derjenige, der ein neues Werk verhindern will, wohl thue, wenn er zum Behuf des Beweises, daß er wirklich Verhinderung eingelegt habe, einen Notar und zwey Zeugen beyziehe, haben bereits mehrere Rechtsgelehrte [1]) bemerkt. Hat übrigens der Betheiligte

theiligte nur gegen einen Theil des neuen Werks Einwendungen, so muß er diesen Theil bestimmt angeben [2]), und damit er auf den Fall, daß der Errichter der Verhinderung unerachtet fortfahren würde, genau erweisen kann, was erst nach der Verhinderung errichtet, folglich einzureissen ist, so hat er bey dem geeigneten Gerichtshof darauf anzutragen, daß von dem vor der Verhinderung bereits errichteten Theile ein genaues Meß genommen werde [3]).

1) Berger, Claproth, Mevius a. d. §. 4. 8te Bemerkung angeführten Orten.

2) L. 5. §. 15. D. h. t. „Qui nuntiat, necesse habet „demonstrare, in quo loco opus novum nuntiet, sci„turo eo, cui nuntiatum est, ubi possit aedificare, „ubi interim abstinendum est. Toties autem demon„stratio facienda est, quoties in partem fit nuntiatio: „ceterum, si in totum opus fiat, non est necesse „demonstrare: sed hoc ipsum dicere.“

3) L. 8. §. 4. D. h. t. „Sed ut probari possit, quid „postea aedificatum sit, modulos sumere debet is, „qui nuntiat: qui ut sumantur, conferanturque, „Praetor decernere solet.“

§. 6.

Wer sich dieses Rechtsmittels bedienen könne?

Im Allgemeinen kann Jeder, der bey Errichtung eines neuen Gebäudes, oder Veränderung eines bereits bestehenden in Hinsicht auf Außenseite betheiligt ist, dieses Rechtsmittel ergreifen. Betrifft nun

a) dieses Bauwesen polizeyliche Gesetze, so ist jeder Staatsbürger als betheiligt anzusehen — und folglich auch berechtigt, dieses Rechtsmittel zu ergreifen [1]). Betrifft es aber

b) bloß die Rechte einzelner Personen, so fragt es sich:

α) ob diese einzelne Person eine rechtliche (persona moralis), z. B. der Staat ist, denn in diesem Fall kann jeder Staatsbürger dieses Rechtsmittel ergreifen [2]), und das nehmliche würde bey Gemeinden und milden Stiftungen in Hinsicht auf die Gemeinde-Mitglieder und Stiftungs-Berechtigten der Fall seyn, oder ob

β) es nur die Rechte einzelner Bürger betrifft. In diesem Fall können nur die hiebey Betheiligten dieses Rechtsmittel ergreifen. [3]). Allein wir müssen hier nothwendig in die besondern Verhältnisse eingehen, und die verschiedenen Arten der Betheiligten betrachten. Daß nun

1) der Eigenthümer des Grund und Bodens, auf welchem ein neues Gebäude errichtet, oder ein bereits bestehendes in Hinsicht auf Außenseite verändert wird, dieses Rechtsmittel ergreifen könne, liegt in der Natur der Sache und in der klaren Vorschrift des Gesetzes. [4]) Allein ausnahmsweise kann auch der Eigenthümer, wenn auf einem gemeinschaftlichen Grund und Boden von seinem Miteigenthümer ein neues Werk errichtet wird, gegen diesen sich des vorliegenden Rechtsmittels nicht bedienen, sondern er muß entweder ein gerichtliches Verbot bewirken, oder die Klage auf Theilung anstellen.

2) Derjenige, dem eine Dienstbarkeit, welche mit Errichtung des neuen Werks unvereinbar ist, zusteht, kann sich dieses Rechtsmittels bedienen. Zwar scheint eben diese Frage nicht nur unter den Römischen Rechtsgelehrten streitig gewesen zu seyn, sondern sie ist es auch unter den Neueren wirklich. Die hieher gehörigen Gesetzstellen

sind die L. 15. D. de servitut. præd. urban [6]). L. 9. pr. D. si servitus vindicetur [7]). L. 5. pr. L. 9. D. h. t. L. un. §. 3. u. 5. D. de remiss. (43, 25.) [8]); allem diesem aber scheint die L. 14. D. h. t. [9]) zu widersprechen. Diesen vermeintlichen Widerspruch suchten nun aber die neueren Rechtsgelehrten auf verschiedene Arten zu heben. Einige [10]) behaupteten: wenn der zur Dienstbarkeit Berechtigte dieses Rechtsmittel ergreifen wolle, müsse er vorher den Thatumstand, daß ihm die in Frage stehende Dienstbarkeit zustehe, erweisen; andere [11]) es seye zwischen den Dienstbarkeiten der Gebäude und Feldgüter zu unterscheiden; wieder andere [12]) der zur Dienstbarkeit Berechtigte könne sich dieses Rechtsmittels nur nicht gegen den Eigenthümer des Grund und Bodens bedienen; ein anderer [13]) macht den Unterschied, ob Gefahr auf dem Verzug hafte, oder nicht? und läßt im ersteren Fall dieses Rechtsmittel zu, im andern nicht; ein anderer [14]) behauptet, man müsse unterscheiden, ob die Natur der Dienstbarkeit es mit sich bringe, daß der Eigenthümer etwas, so der Dienstbarkeit schadet, nicht bauen dürfe, und alsdann habe man ein Verhinderungsrecht, sonst aber nicht. Wieder andere [15]) behaupten, die L. 14. D. h. t. [16]) seye gar nicht zu beachten; wieder andere schränken sie bloß auf den in ihr ausgedrückten besondern Fall ein, und endlich behauptet ein anderer [17]), daß allerdings die L. 14. D. h. t. auf den in ihr ausgedrückten besondern Fall beschränkt werden müsse, und in diesem Fall dieses Rechtsmittel deswegen nicht ergriffen wer-

den könne, weil der zur Dienstbarkeit Berechtigte eben hiedurch seinem Gegner den Besitz dessen, um was es sich streite, einräume, und die letztere Erklärung ist nach unserer innigsten Ueberzeugung auch die richtigste. Doch wir wollen den Fall an einem Beyspiel näher betrachten. A hat eine Wegdienstbarkeit durch den Garten des B, B überbaut diesen Weg, und während des Bauwesens will A dasselbe verhindern. Was gewinnt er nun hiedurch? Im Augenblick nichts, denn das bereits Errichtete bleibt stehen, weil sein Gegner durch dieses Rechtsmittel Besitzer wird, wie wir oben (§. 4.) erwiesen haben; nach der Verhinderung, während welcher er aber den bereits überbauten Weg nicht benützen kann, muß über die Dienstbarkeit selbst Rechtsstreit entstehen, und ist nun diese erwiesen, so muß ohnehin B, wenn er ihm diesen Weg anderswo anweisen kann, ihm ihn anweisen, oder er muß sein bereits errichtetes Gebäude niederreissen, aber von der Verhinderung an bis zur Entscheidung des Rechtsstreits entbehrt er diesen Wtg, vor welcher Entbehrung ihn dieses Rechtsmittel nicht schützen kann. Anders ist es freylich, wenn er sich des Interdicts wegen Gewalt oder Heimlichkeit bedienen kann, und bedient, wie wir oben (§. 4.) erwiesen haben. Der Rechtsgelehrte Julian behauptet daher auch in der vorliegenden Gesetzstelle nicht das, daß sich der zur Wegdienstbarkeit Berechtigte dieses Rechtsmittels nicht bedienen könne, sondern er behauptet nur das, daß es ihn nichts nütze, (nihil agit), wenn er sich desselben bediene, weil er ja von der Verhinderung an bis zur Ent-

scheidung des Rechtsstreits doch seines Wegs entbehre, und sein Gegner, wenn er in der Hauptsache obsiege, ihm doch auf jeden Fall seinen Weg wieder einräumen müsse. — Wir stellen also auch mit aller Ueberzeugung den Satz auf, daß sich derjenige, welchem eine Dienstbarkeit zusteht, dieses Rechtsmittels unbedingt bedienen könne.

3) Der Nutznießer kann sich dieses Rechtsmittels gegen den Eigenthümer des Grund und Bodens niemals, wohl aber gegen jeden Dritten, nur nicht in eigenem, sondern in des Eigenthümers Namen bedienen [18].

4) Der Pfandglaubiger, der ein Gut, auf welchem ein neues Werk errichtet werden will, zum Unterpfand erhalten hat [19].

5) Derjenige, dem gegen Reichung einer jährlichen Abgabe das Erbauen auf fremdem Grund und Boden erlaubt wird (superficiarius) [20]) [21].

Ein Unmündiger, nach den heutigen Grundsätzen, also auch ein Minderjähriger kann nur mit Beytritt seines Vormunds, und wenn er selbst zunächst in Hinsicht auf seine besonderen Rechtsverhältnisse betheiligt ist, sich dieses Rechtsmittels bedienen [22]. Der Vormund desselben aber kann es auch für sich [23]. Ein Sachwalter aber, der sich im Namen seines Gewaltgebers dieses Rechtsmittels bedienen will, muß für die Genehmigung desselben Sicherheit leisten [24], und wenn mehrere wegen einer ihnen gemeinschaftlich zustehenden Sache bey einem neuen Werk betheiligt sind, so müssen alle dieses Rechtsmittel ergreifen [25].

1) L. 1. §. 17. D. h. t. „Nuntiamus etc., si quid con-„tra leges, Edictave Principum, quae ad modum „aedificiorum, facta sunt, fiet, vel in sacro, vel in „loco religioso, vel in publico, ripave fluminis, „quibus ex causis et Interdicta“ (L. 43. tit. 6 — 8. tit. 12 — 15.) „proponuntur.“

2) L. 3. §. 4. h. t. „Si in publico aliquid fiat, omnes cives „opus novum nuntiare possunt.“ L. 4. „Nam Reipu-„blicae interest, quam plurimos ad defendendam „suam caussam admittere.“

3) L. 1. §. 16. D. h. t. „Nuntiatio fit, aut juris nostri „conservandi caussa, aut damni depellendi, aut pu-„blici juris tuendi gratia.“ §. 17. „Nuntiamus au-„tem, quia jus aliquod prohibendi habemus: vel ut „damni infecti caveatur nobis ab eo, qui forte in „publico vel in privato quid molitur.“ §. 19. „Juris „nostri conservandi, aut damni depellendi causa „opus novum nuntiare potest is, ad quem res per-„tinet.“

4) L. un. §. 3. D. de remiss. (43, 25.) „Jus habet novum „opus nuntiandi, qui aut dominium aut servitutem „habet.“

5) L. 3. §. 1. D. h. t. „Plane si unus nostrûm in com-„muni loco faciat, non possum ego socius opus no-„vum ei nuntiare: sed eum prohibebo communi di-„vidundo judicio, vel per Praetorem.“ §. 2. „Quod „si socius meus in communi insula opus novum faciat, „et ego propriam habeam, cui nocetur, an opus no-„vum nuntiare ei possim? Et putat Labeo, non „posse nuntiare: quia possum eum alia ratione pro-„hibere aedificare, hoc est, vel per Praetorem, „vel per arbitrum communi dividundo: quae sen-„tentia vera est.“

6) (8, 2.) „Inter servitutes, ne luminibus officiatur, et „ne prospectui offendatur, aliud et aliud observa-„tur: etc. quodcumque igitur faciat ad luminis im-„pedimentum, prohiberi potest, si servitus debeatur; „opusque novum nuntiari ei potest, si modo sic „faciat, ut lumini noceat.“

7) (8, 8.) „Si eo loco, per quem mihi iter debetur, tu „aedificaveris, possum intendere, jus mihi esse ire „agere, quod si probavero, inhibebo opus tuum.“

8) (39, 1.) „Julianus L. XII. Dig. scripsit: pupillo non „esse operis novi nuntiationis executionem dandam, „nisi ad ipsius privatum commodum res pertineat: „veluti si luminibus ejus officiatur, aut prospectui „obsit.“ L. 9. D. h. t. „Creditori, cui pignoris „nomine praedium tenetur, permittendum est, de „jure, id est, de servitute, opus novum nuntiare: „nam ei vindicatio servitutis datur.“ L. un. §. 3. D. de remiss. (43, 25.) „Jus habet opus novum „nuntiandi, qui aut dominium, aut servitutem „habet.“ §. 5. „Ei quoque, qui pignori fundum „acceperit, scribit Julianus, non esse iniquum de„tentionem servitutis dari.“

9) „Qui viam habet, si opus novum nuntiaverit adver„sus eum, qui in via aedificat, nihil agit, sed servitu„tem vindicare non prohibetur.“ In einigen ältern Handschriften liest man statt „in via“ wie die Florentina enthält, viam, welche Lesart aber, wie schon Duaren ad hanc legem (in Oper. p. 600.) bemerkt hat, irrig ist.

10) Berger Resolutiones Legum obstantium. Ed. 5ta L. 39. tit. 1. qu. 1. p. 595. Ludwig Charondas Verisimilium L. I. Cap. 5. §. 6. (in Ottonis Thes. J. R. Tom. I. p. 697.) Perez Comment. in Cod. L. 8. tit. 11. §. 4. Tom. II. p. 30 u. 31. Was übrigens Jacobus Constantinaeus subtilium Enodationum L. II. Cap. 18. (in Ottonis Thes. Tom. IV. p. 586—590.) hier sagen will, können wir um so weniger verstehen, als Constantinäus sich sicher selbst nicht verstanden hat.

11) Duaren ad L. 14. D. h. t. (in Oper. p. 600.) und in einen Disputationibus Anniversariis L. II. Cap. 17. (in Oper. p. 1067. u. 1068.) Udalr. Zasius ad L. 1. §. 20. D. h. t. nro. 11. (in Oper. Tom. III. p. 9.) und ad L. 5. §. 9. D. h. t. (ibidem p. 14. u. 15.).

12) Berger l. s. c. Hellfeld Jurisprud. for. §. 1673. not. u. p. 648.

13) J. H. Boehmer Doctrina de actionibus, sect. *II.* Cap. 4. §. 44. p. 353.

14) Claproth Einleitung in sämmtliche summarische Processe, 3te Aufl. §. 257. S. 378. u. 379. „Das angeführte Gesetz hat mancherley Auslegung erlitten. Man „hat daraus den allgemeinen Satz abgeleitet, daß bey „Landdienstbarkeiten (S. P. R.) keine Anzeige der neuen „Anlage statt finde. Diese Auslegung ist aber deßwegen „unrichtig, weil im L. 8. pr. L. 9. D. h. t. L. 1. §. 3. „D. de remiss. (43, 25.) dieses Rechtsmittel überhaupt, „ohne jenen Unterschied zu gebrauchen, mit der Ausdeh„nung gestattet ist, daß solche nicht allein dem nächsten, „sondern auch dem weitern Nachbarn geschehen könne, „welches bey Landdienstbarkeiten hauptsächlich, seltener „bey städtischen Dienstbarkeiten vorfällt. Noch mehr aber „stößet diese Meinung wider die L. 1. §. 14. D. h. t. „wo ausdrücklich auch die Landgüter genannt werden. „Cujacius L. 1. Observ. 17. erklärt das angeführte „Gesetz dahin, daß der Regel nach die Anzeige des neuen „Baues nicht wider den Eigenthümer Statt finde, sondern „petitorisch geklagt werden müsse; dieses enthält L. 1. „§. 4. am Ende, allgemein, und Cujacius beruft sich „auf andere oben bereits angeführte Exempel, wo dieses „sehr summarische Rechtsmittel ebenfalls wider den Ei„genthümer nicht Statt findet. Es ist der natürlichen „Billigkeit gemäß, daß einer, der nur eine Dienstbarkeit „hat, der Regel nach den Eigenthümer auf seinem Grund „und Boden zu bauen nicht hindere; daher wird im „L. 9. D. si ser. vindic. bey der Dienstbarkeit des Wegs, „der Aufnahme des Trauf-Falles, einzig die petitorische „Klage gestattet. Hingegen im L. 15. D. de serv. praed. „urban. wird die Anzeige der Neuerung demjenigen ver„stattet, welcher die Dienstbarkeit des Nichtverbauens, „der Aussicht und des Lichts hat, und im L. 15. D. h. t. „demjenigen, welcher die Dienstbarkeit, daß der Nachbar „nicht höher bauen darf, besitzt. Daher mache ich den „Unterschied: ob die Natur der Dienstbarkeit es mit sich „bringe, daß der Eigenthümer etwas, so der Dienstbar„keit schadet, nicht bauen dürfe, und alsdann hat man „ein Verbietungsrecht in Ansehung des Baues, sonst aber

„nicht. Dieser Unterschied ist nicht undeutlich im L. 5. „§. 9. h. t. am Ende gegründet. Wendet man dieses „auf den L. 14. D. ibid. an, so kann der Weg gemeinig„lich dennoch genutzet werden, wenn gleich darauf ge„bauet ist, wofern derselbe nur nicht ganz verbauet „wird." Eine dieser ähnliche Meinung findet man auch bey Voët Comment. in Pand. L. 8. tit. 4. §. 12. Tom. II. p. 237. u. 258.

15) Struv Syntag. J. C. cum addit. Petri Mülleri L. 39. tit. 1. §. 4. Tom. III. p. 4. Walch Introd. in Controv. J. C. Ed. II. p. 448. u. 449. Westenberg Princ. Juris L. 39. tit. 1. §. 20. Tom. II. p. 349.

16) Bardili Diss. de N. O. N. §. 16. p. 14. u. 15. Lauterbach Colleg. theoret. pract. L. 39. tit. 1. §. 14. Tom. III. p. 7.

17) Cocceji Jus Civile Controv. Ed. *II*. L. 39. tit. 1. qu. 3. Tom. II. p. 405. „Cessat nuntiatio non ob defectum „juris in nuntiante, sed in opere; quia opere illa „via jam sublata fuit; adeoque frustra nuntiat, ne „peragat facere, ratione enim viae impediendae opus „jam est perfectum."

18) L. 1. §. 20. D. h. t. „Usufructuarius autem opus „novum nuntiare suo nomine non potest: sed procu„ratorio nomine nuntiare poterit, aut vindicare usum„fructum ab eo, qui opus novum faciat: quae vin„dicatio praestabit ei, quod ejus interfuit, opus „novum factum non esse." L. 2. „Si autem domi„no praedii nuntiaverit, inutilis erit nuntiatio: neque „enim, sicut adversus vicinum, ita adversus domi„num agere potest, jus ei non esse invito se altius „aedificare: sed si hoc facto ususfructus deterior „fiet, petere usumfructum debebit." L. un. §. 4. „D. de remission. (43, 25.). „Item Juliano placet, „fructuario vindicandarum servitutum jus esse: „secundum quod opus novum nuntiare poterit vici„no, et remissio utilis erit: ipsi autem domino prae„dii si nuntiaverit, remissio inutilis erit: neque „sicut adversus vicinum, ita adversus dominum

„agere potest, jus ei non esse invito se altius aedifi-„care: sed si hoc facto ususfructus deterior fiat, „petere usumfructum debebit. Idem Julianus dicit „de caeteris, quibus aliqua servitus a vicino debe-„tur.“ Unsere ganz richtige Erklärung der vorliegenden Gesetzstellen findet man auch bey J. H. Boehmer Doctr. de action Sect. II. Cap. 2. §. 37. p. 162. u. Cap. 4. p. 351. u. 352. Claproth Einleitung in sämmtliche summarische Processe §. 257. S. 377. Duaren ad L. 1. §. 29. u. L. 2. D. h. t. (in Oper. p. 592. u. 593.) Galvanus de usufructu. Tubingae 1788. Cap. 37. p. 538—543. Hellfeld Jurisprud. for. §. 1673. p. 648. Bardili Diss. de N. O. N. §. 17. p. 15. u. 16. Malblanc Pr. J. R. §. 407. not. e. Tom. II. p. 148. Schaumburg Compend. Dig. L. 39. tit. 1. §. 2. Tom II. p. 317. Voët Comment. in Pand. L. 7. tit. 1. §. 33. Tom. II. p. 204. u. 205. Udalr. Zasius ad L. 1. §. 20. D. h. t. nro 2—4. (in Oper. Tom. III. p. 8.).

19) L. 9. D. h. t. „Creditori, cui pignoris nomine prae-„dium tenetur, permittendum est, de jure, id est, „de servitute, opus novum nuntiare: nam ei vindi-„catio servitutis datur.“ L. un. §. 5. D. de remiss. „(43, 25.) „Ei quoque, qui pignori fundum acce-„perit, scribit Julianus, non esse iniquum detentio-„nem servitutis dari.“

20) Diese Erklärung von superficiarius findet man in der L. 74. D. de Rei Vindic. (6, 1.) „Superficiario, id „est, qui in alieno solo superficiem ita habet, ut „certam pensionem praestet.“

21) L. 3. §. 3. D. h. t. „Si ego superficiarius sim, et opus „novum fiat a vicino, an possim nuntiare? movet, „quod quasi inquilinus sum. Sed Praetor mihi utilem „in rem actionem dat, et ideo et servitutum causa „actio mihi dabitur, et o. n. n. debet mihi concedi.“

22) L. 5. pr. D. h. t. „De pupillo quaesitum est? Et „Julianus L. XII. Dig. scripsit: pupillo non esse „o. n. n. executionem dandam, nisi ad ejus priva-„tum commodum res pertineat: veluti si luminibus

„ejus officiatur, aut prospectui obsit. Non aliter „autem pupilli rata habebitur nuntiatio, quam inter„cedente tutore auctore.“

23) L. 7. §. 1. D. h. t. „Et tutor et curator opus novum recte nuntiant.“ „Statt“ et tutor et curator“ wie man in der Florentina liest, befindet sich in mehreren Handschriften die falsche Lesart „Et tutori vel actori „et curatori“ und statt „nunciat“ „nuntiatur.“ Antonii Augustini Emendationum L. III. Cap. 9. (in „Ottonis Thes. Tom. IV. p. 1524.).

24) L. 5. §. 18. D. h. t. „Qui procuratorio nomine nun„tiaverit, si non satisdabit, eam rem dominum ra„tam habiturum; nuntiatio omni modo remittitur, „etiam si verus sit procurator.“ L. 13. pr. D. h. t. „Cum procurator opus novum nuntiat, et satisdat „rem ratam dominum habiturum: et remissio in do„mini personam confertur.“

25) L. 5. §. 6. D. h. t. „Si plurium dominorum rei opus „noceat, utrum sufficiet unius ex sociis nuntiatio, „an vero omnes nuntiare debeant? Et est verius, „unius nuntiationem omnibus non sufficere: sed „esse singulis nuntiare necesse: quia et fieri potest, „ut nuntiatorum alter habeat, alter non habeat jus „prohibendi.“

§. 7.

Die Ergreifung dieses Rechtsmittels muß nicht gerade in Gegenwart desjenigen, der ein neues Werk errichtet, geschehen.

Der Betheiligte hat nicht nöthig, demjenigen, der ein neues Werk errichtet, die Verhinderung selbst zu eröffnen, es ist vielmehr hinreichend, wenn er sie Jemand, der im Nahmen des Eigenthümers oder zum Behuf der Errichtung bey dem neuen Werk anwesend ist, eröffnet, und ist gleichgültig, ob dieß die Handwerksleute, Dienstboten, die Gattin oder Kinder, Knaben oder Mädchen des Errichters, oder Letztere sind. [1]) Diese eröffnete Verhinderung bindet den Er-

richter auch selbst dann, wenn er noch ein Kind im rechtlichen Sinne des Worts, oder wahnsinnig, oder abwesend ist, oder sie von seinen Leuten nicht erfahren hat. [2]). Errichten Mehrere ein gemeinschaftliches Werk, so ist es hinreichend, wenn Einem derselben die Verhinderung eröffnet wird. [3]).

1) *L.* 5. §. 3. D. h. t. „Nuntiari autem non utique "domino oportet: sufficit enim in re praesenti nun-"tiari ei, qui in re praesenti fuerit, usque adeo "ut etiam fabris vel opificibus, qui eo loci operan-"tur, opus novum nuntiari possit. Et generaliter "ei nuntiari opus novum potest, qui in re prae-"senti fuit domini operisve nomine. Neque refert, "quis sit iste, vel cujus conditionis, qui in re "praesenti fuit. Nam et si servo nuntietur, vel "mulieri, vel puero, vel puellae, tenet nuntiatio: "sufficit enim, in re praesenti operis novi nuntiatio-"nem factam sic, ut domino possit renuntiari."

2) *L.* 1. §. 5. D. h. t. "Et adversus absentes etiam, et "invitos, et ignorantes operis novi nuntiatio proce-"dit." *L.* 10. "O. N. N. in rem fit, non in per-"sonam. Et ideo furioso et infanti fieri potest, nec "tutoris auctoritas in ea nuntiatione exigitur." *L.* 11. "Cuilibet enim intelligenti, veluti fabro, nuntiatum, "infantem et furiosum tenet."

3) *L.* 5. §. 5. D. h. t. "Si plurium res sit, in qua opus "novum fiat, et uni nuntietur: recte facta nuntia-"tio est, omnibusque dominis videtur denuntiatum." *L.* 18. "Aedibus communibus, si ob opus novum "nuntiatio uni fiat, omnes nuntiatio tenebit."

§. 8.

Wirkungen dieses Rechtsmittels.

Hat der Betheiligte dieses Rechtsmittel einmal auf die geeignete Art ergriffen, so darf mit Errichtung des neuen Werks nicht fortgefahren werden. Wird aber dennoch mit demselben fortgefahren, so wird auf

erhobene Klage des Betheiligten von dem geeigneten Gerichtshof die Wiedereinsetzung der Sache in den Zustand, in welchem sie sich bey Ergreifung dieses Rechtsmittels befand, verfügt [1]. Hat von mehreren Errichtern nur einer nach ergriffenem Rechtsmittel fortgefahren, so treffen auch nur diesen die Folgen seiner eigenmächtigen Handlung [2]. Diese richterliche Verfügung, welche der Betheiligte auch mittelst des Interdicts wegen Gewalt oder Heimlichkeit erlangen kann [3], trifft übrigens auch den Erben dessen, der nach Ergreifung dieses Rechtsmittels in Errichtung des neuen Werks fortgefahren hat [4].

1) L. 20. pr. D. h. t. „Praetor ait, quem in locum "nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua "de re agitur: quod in eo loco, antequam nuntia-"tio missa fieret, aut in ea caussa esset, ut remitti "deberet, factum est: id restituas.“ §. 1. „Inter-"dictum hoc proponitur ex hujusmodi causis: Edicto "expressum est, ne post o. n. n. quicquam operis "fiat, antequam vel nuntiatio missa fiat, vel vice "nuntiationis missæ satisdatio de opere restituendo "fuerit interposita. Qui igitur facit, etsi jus facien-"di habuit, tamen contra interdictum Praetoris fa-"cere videtur; et ideo hoc destruere cogitur.“ §. 3. "Ait Praetor, quod factum est, restituas: quod "factum est, jubet restitui: neque interest, jure "factum sit, an non: sive jure factum est, sive non "jure factum est, interdictum locum habebit“ §. 4. "Quidquid autem ante remissionem fit, vel il-"lud, quod loco remissionis habetur, pro eo ha-"bendum est, atque si nullo jure factum esset.“ L. 1. §. 7. "Sed si is, cui opus novum nuntiatum "est, ante remissionem aedificaverit, deinde coepe-"rit agere, jus sibi esse ita aedificatum habere, "Praetor actionem ei negare debet, et interdictum "in eum de opere restituendo reddere.“

2) *L.* 5. §. 14. D. h. t. "Sed si unus aedificaverit post "o. n. n., alii, qui non aedificaverint, non tene- "buntur: neque enim debet nocere factum alterius "ei, qui nihil fecit." *L.* 18. "Si vero quidam igno- "rent, in solidum obligabitur, qui contra Edictum "Praetoris fecerit."

3) *L.* 7. §. 2. D. quod vi aut clam (43, 24.) "Ait Ju- "lianus, qui ante remissionem nuntiationis, contra "quam prohibitus fuerit, opus fecerit; duobus in- "terdictis tenebitur: uno, quod ex o. n. n. compe- "tit: altero, quod vi aut clam."

4) *L.* 20. §. 8. D. h. t. "Plane si quaeratur, an in he- "redem ejus, qui opus fecit, interdictum hoc com- "petat: sciendum est, Labeonem existimasse, in id, "quod ad eum pervenit, dumtaxat dari oportere: "vel si quid dolo malo ipsius factum sit, quo mi- "nus perveniret. Nonnulli putant, in factum esse "dandam, quam interdictum: quod verum est. (Zwi- schen „putant" und „in" hat nun Haloander das Wört- chen „tam" eingeschoben, welches aber in der Floren- tina nicht steht. Ant. Augustini Emendationum *L.* IV. Cap. 8. (in Ottonis Thes. Tom. IV. p. 1537.) *L.* 22. "Cui opus novum nuntiatum est, ante remissam "nuntiationem opere facto decessit: debet heres ejus "patientiam destruendi operis adversario praestare: "nam et in restituendo hujusmodi opere ejus, qui con- "tra Edictum facit, poena versatur: porro autem "in poenam heres non succedit."

§. 9.

Diese Wirkung kann übrigens der Errichter eines neuen Werks durch Sicherheitsleistung von sich ablehnen.

Leistet übrigens der Errichter eines neuen Werks dem Betheiligten, der dieses Rechtsmittel ergriffen hat, Sicherheit dafür, daß er, wenn er in der Hauptsache unterliegen sollte, alles in den vorigen Stand wiederherstellen wolle, so kann er der Verhinderung unerachtet, und abgesehen davon, ob der Betheiligte

sie annehmen will, oder nicht, fortfahren. [1]). Uebrigens kann der Betheiligte erst nach drey Monaten, von der Verhinderung an gerechnet, zur Annahme der Sicherheitsleistung gezwungen werden [2]).

1) *L.* 20. §. 9. D. h. t. „Deinde ait Praetor, quem in "locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret: "qua de re agitur, si de ea re satisdatum est: quod "ejus cautum sit, aut per te stat, quo minus satis-"detur: quo minus illi in eo loco, opus facere li-"ceat, vim fieri veto." §. 10. "Hoc interdictum "prohibitorium est, ne quis prohibeat facere volen-"tem eum, qui satisdedit." §. 11. "Nec quicquam "interest, jure quis aedificet, an non jure aedificet: "cum sit securus is, qui opus novum nuntiavit, "posteaquam ei cautum est. §. 12. "Hoc autem in-"terdictum competit ei, qui satisdedit." §. 14. "Ad-"jicitur et illud, aut per te stat, quo minus satis-"detur, proinde si satisdatum non est, sed repro-"missum, interdicto huic locus non erit." §. 14. "Et si satisdatum sit, cautum tamen non perseve-"ret, interdictum cessat." §. 15. "Si aliquando "steterit per nuntiatorem, quo minus satisdetur, nunc "non stat, interdictum cessat." §. 16. "Hoc inter-"dictum etiam post annum, et haeredi caeterisque "successoribus competit." *L.* 5. §. 17. "Si is, cui "renuntiatum erit, ex operis novi nuntiatione satis-"dederit, repromiseritve, aut per eum non stet, quo "minus boni viri arbitratu satisdet, repromittatve: "perinde est, ac si o. n. n. omissa esset. Habet au-"tem hoc remedium utilitatem: nam remittit vexa-"tionem ad Praetorem veniendi, et desiderandi, ut "missa fieret nuntiatio." *L.* 8. §. 2. "Si, cum pos-"sem te jure prohibere, nuntiavero tibi opus no-"vum; non alias aedificandi jus habebis, quam si "satisdederis. *L.* 21. §. 1. "Si quis autem vult "post o. n. n. impune aedificare, offerre debet satis "nuntiatori: quod si fecerit, utrique consultum est, "tam ei, qui nuntiavit, quoniam cautum habet, de "opere restituendo: quam ei, cui nuntiatum est,

„quia molitio ejus non impeditur: antequam enim „caveat, quidquid aedificaverit, interdicto restituto„rio destruere compellitur."

a) *L.* un. C. de O. N. N. (8. 11.) „De o. n. n. quandam „antiquis ortam fuisse dubitationem nostra cognovit „tranquillitas, dicentibus, si quis denuntiationem „ad inhibendum opus miserit, non posse eum post „annum elapsum, ex quo denuntiatio missa est, ite„rum aedificationem prohibere. Quod dupliciter ini„quum nobis esse videtur, sive etenim non recte „opus prohibuerit, decet non per totum annum hoc „impediri: sive erecte denuntiationem emiserit, etiam „post annum licentiam habere aedificationem prohi„bere. Talem igitur iniquitatem inhibentes, sanci„mus, si quis denuntiationem emiserit, in hac qui„dem regia urbe praefectum urbi festinare; in pro„vincia vero rectorem ejus intra trium mensium „spatium causam dirimere. *Sin* vero aliquod fuerit „quocunque modo ad decisionem ambiguitatis impe„dimentum, licentiam habere eum, qui aedificatio„nem deproperat, opus de quo agitur, efficere prius „fidejussore ab eo dato officio urbicariae praefectu„rae, vel provinciali, ut si non recte aedificaverit, „omne opus, quod post denuntiationem fecerit, suis „sumptibus destruat. *Sic* enim et opera non per „inanes denuntiationes prohibebuntur, et recte de„nuntiantibus consuletur." Daß nun aber der Sinn unserer Stelle der seye, daß der Betheiligte vor 3 Monaten zur Annahme der Sicherheitsleistung nicht gezwungen werden könne, bemerkten bereits auch Berger Oeconomia Juris *L.* II. tit. 6. §. 3. not. 9. p. 554. J. H. Boehmer Jus Eccles. Protest. *L.* 5. tit. 32. Not. 4. Tom. V. p. 547. Duaren ad *L.* 5. §. 17. h. t. (in Oper. p. 596.) van Eck P. J. *L.* 39. tit. 1. §. 23. Tom. II. p. 312. Geyl Practic. Observat. *L.* I. Observ. 16. Nro. 15. p. 21. Günther P. J. R. N. §. 1098. Tom. II. p. 812. Heineccius Elementa J. C. *L.* 39. tit. 1. §. 100. Part. VI. p. 184. Bardili Diss. de N. O. N. §. 40. p. 32. Brunnemann Comment. in Cod.

L. 8.

L. 3. tit. 11. p. 953. Lauterbach Colleg. theoret. pract. L. 39. tit. 1. §. 35. Tom. III. p. 16. Malblanc Pr. J. R. §. 408. Tom. II. p. 150. Perez Prælect. in Cod. L. 8. tit. 11. §. 14. Tom. II. p. 32. Mevius ad Jus Lubecense. L. 3. tit. 12. Art. 15. Nro. 23. p. 656. Schoepffer Synopsis juris privati. L. 39. tit. 1. §. 25. p. 636. Schmid (Ernst Gottfried) Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 184. 1 Thl. S. 288. Thibaut System des Pandecten-Rechts, 4te Aufl. 1 Thl. §. 324. S. 243. Westphal de libert. et servitut. praed. §. 345. p. 233. Westenberg Pr. Juris. L. 39. tit. 1. §. 36. Tom. II. p. 353. Stryck Usus Mod. Pand. L. 39. tit. 1. §. 13. (in Oper. praestant. Tom. I. p. 956.) Voët ad hunc tit. §. 10. Tom. V. p. 353. Udalr. Zasius ad L. 20. §. 3. D. h. t. nro. 2. (in Oper. Tom. III. p. 29.). Daß übrigens die Sicherheit nur durch Bürgen, und nur darauf, daß nach einer in der Hauptsache erfolgten ungünstigen Entscheidung für den Errichter alles in vorigen Stand wieder hergestellt werden solle, geleistet werden kann, ersehen wir aus eben dieser Gesetzstelle.

§. 10.

Wann dieses Rechtsmittel nicht statt finde?

Dieses Rechtsmittel findet aber nicht statt,

1) wenn der angeblich Betheiligte schlechterdings nicht bey der Sache betheiligt ist. [1]) Doch hier müssen wir genauer in die Sache eingehen. Der Betheiligte kann nehmlich entweder an und für sich nicht betheiligt seyn, oder es ist nur nicht gegenüber von dem errichteten neuen Werk. An und für sich ist er nicht betheiligt, wenn er das Recht, welches ihm den Grund zu Verhinderungen an die Hand geben sollte, nicht besitzt, z. B. er behauptet eine Dienstbarkeit auf dem Platz, auf welchem ein neues Gebäude errichtet werden soll.

te, zu besitzen, besitzt aber wirklich keine; von diesem Fall handeln wir nun nicht, und können nicht davon handeln, denn dieß wird erst bey der Entscheidung des auf die Verhinderung des neuen Werks gefolgten Rechtsstreits erörtert, die Verhinderung eines neuen Werks aber ist bloß eine den Rechtsstreit vorbereitende Verfügung, sondern wir meynen bloß den Fall, wenn der Betheiligte gegenüber von dem neuen Werk nicht betheiligt ist, d. h. wenn das neue Werk ein solches ist, bey welchem dieses Rechtsmittel nicht statt findet, wenn also kein neues Gebäude errichtet, oder ein bereits bestehendes nicht in Hinsicht auf Außenseite verändert wird (§. 3.).

2) Wenn derselbe den Eid für Gefährde, welcher ihm von richterlichem Amtswege auferlegt wird, weßwegen er auch nicht auf die Abschwörung desselben vom andern [2]) Theil antragen kann, nicht abschwören will.

3) Wenn das neue Werk bereits ganz errichtet ist [3]); und

4) wenn bey Errichtung des neuen Werks Gefahr auf dem Verzug haftet [4]).

1) *L.* unica pr. D. de remiss. (43, 25.) „Ait Praetor, „quod jus sit illi prohibere, ne se invito fiat, in „eo nuntiatio teneat: caeterum nuntiationem missam „facio.“ §. 2. „Et verba Praetoris ostendunt, remis- „sionem ibi demum factam, ubi nuntiatio non tenet: „et nuntiationem ibi demum voluisse Praetorem te- „nere, ubi jus est nuntianti prohibere, ne se invito „fiat. Ceterum sive satisdatio interveniat, sive non: „remissio facta hoc tantum remittit, in quo non „tenuit nuntiatio“

2) L. 5. §. 14. D. h. t. „Qui opus novum nuntiat, „jurare debet, non calumniae causa opus novum „nuntiare. Hoc jusjurandum auctore Praetore de„fertur: idcirco non exigitur, ut juret is ante, qui „jusjurandnm exigat."

3) L. 1. §. 11. „Hoc autem Edictum, remediumque „n. o. n. adversus futura opera inductum est, non „adversus praeterita: hoc est, adversus ea, quae „nondum facta sunt, ne fiant: nam siquid operis „fuerit factum, quod fieri non debuit, cessat Edictum „de n. o. n.: et erit transeundum ad interdictum, „quod vi aut clam factum erit, ut restituatur, et „quod in loco sacro religiosove, et quod in flumine „publico, ripave publica factum erit: nam his in„terdictis restituetur, si quid illicite factum est." Zwischen „quod vi aut clam" und „ut restituatur" steht in einigen Handschriften „quod factum erit," aber irrig, wie schon Ant. Augustinus Emendationum L. III. Cap. 9. (in Ottonis Thes. Tom. IV. p. 1524.) bemerkt hat, das „quod restituatur" aber haben die griechischen Uebersetzer weggelassen Joa. Leunclav. Notat. L. II. §. 84. (in Otton. Thes. Tom. III. p. 1522.) Wenn nun aber Ulpian hier uns belehrt, daß man sich, wenn das neue Werk bereits ganz errichtet seye, sich dieses Rechtsmittels nimmer bedienen könne, sondern ein anderes, etwa das Interdict wegen Gewalt oder Heimlichkeit, wählen müße, so muß man dieß nicht so verstehen, wie es Westphal de libert. et servitut. praed. §. 371. p. 250. verstanden hat, als ob nehmlich dieses Interdict überall, wenn das neue Werk bereits errichtet seye, Statt finde, denn es findet der Natur der Sache nach nur Statt, wenn es mit Gewalt oder Heimlichkeit errichtet wurde (§. 4.). Ist dieß nicht der Fall, so muß der Betheiligte offenbar zu einem andern Rechtsmittel seine Zuflucht nehmen.

4) L. 5. §. 11. D. h. t. „Si quis rivos vel cloacas velit „reficere, vel purgare: o. n. n. merito prohibetur, „cum publicae salutis et securitatis intersit, et cloa„cas et rivos purgari." §. 12. „Praeterea generaliter „Praetor cetera quoque opera excepit, quorum

„mora periculum aliquod allatura est: nam in his „quoque contemnendam putavit o. n. n. Quis enim „dubitat, multo melius esse, omitti o. n. n., quam „impediri operis necessarii urgentem exstructionem? „Toties autem haec pars locum habet, quoties dila-„tio periculum allatura est." §. 13. „Proinde si „quis, cum opus hoc mora periculum allaturum „esset, nuntiaverit opus novum, vel si in cloacis, „vel ripa reficiendis aliquid fieret, dicemus, apud „judicem quaeri debere, an talia opera fuerint, ut „contemni nuntiatio deberet? nam si apparuerit vel in „cloaca rivove, eove, cujus mora periculum alla-„tura esset: dicendum est, non esse verendum, ne „haec nuntiatio noceret." Ein solcher Fall wäre aber offenbar der, wenn der Errichter eines neuen Werks ein bereits bestehendes Gebäude in Hinsicht auf Außenseite zu verändern angefangen hätte, und dieses Gebäude, wenn nicht mit der Veränderung fortgefahren würde, den Einsturz drohte.

§. 11.

Wann die Wirkungen dieses auch statthaft ergriffenen Rechtsmittels aufhören?

Die Wirkungen dieses auch statthaft ergriffenen Rechtsmittels (§. 8.) aber hören auf:

1) wenn von dem Errichter eines neuen Werks Sicherheit geleistet wurde (§. 9.) [1]).

2) Wenn sich die streitenden Theile selbst hierüber vereinigt haben [2]), und

3) Wenn derjenige, der dieses Rechtsmittel ergriffen hat, stirbt, oder diejenige Sache, wegen deren er betheiligt war, veräußert hat [3]), nicht aber durch den Tod oder Veräußerung des Errichters. [4]).

1) L. un. §. 2. D. de Remiss. (43, 25.) „Plane si satis-„datum est, exinde remissio facta est: non est ne-„cessaria remissio."

2) L. 1. §. 10. D. h. t. „Inde quaeritur apud Celsum „libro XII. Dig., si post opus novum nuntiatum con- „veniat tibi cum adversario, ut opus faceres, an „danda sit conventionis exceptio? Et ait Celsus, dan- „dam, nec esse periculum, ne pactio privatorum „jussui Praetoris anteposita videatur: quid enim „aliud agebat Praetor quam hoc, ut controversias, „eorum dirimeret? a quibus si sponte recesserunt, „debebit id ratum habere."

3) L. 8. §. 6. D. h. t. „Morte ejus, qui nuntiavit, ex- „tinguitur nuntiatio, sicut alienatione: quia his mo- „dis finitur jus prohibendi." Diese Gesetzstelle scheint zwar mit der L. 20. §. 6. D. h. t. „Hoc interdictum (nehmlich restitutorium §. 8.) et heredi caeterisque successoribus competit"" im Widerspruch zu stehen, allein Berger Resolutiones LL. obstant. L. 39. tit. 1. qu. 3. p. 596. u. 597. Cocceji Jus Civile controv. L. 39. tit. 1. qu. 6. Tom. II. p. 406. Duaren ad L. 8. §. 6. h. t. (in Oper. p. 599.) Huber praelect. J. R. et hod. ad hunc titulum §. 11. Tom. III. p. 1392. Bardili Diss. de N. O. N. §. 38. u. 39. p. 30. u. 31. Perez Praelect. in Cod. L. 8. tit. 11. §. 21. Tom. II. p. 33. Struv Syntagma J. C. L. 39. tit. 1. §. 10. Tom. III. p. 11. Voët ad hunc tit. §. 9. Tom. V. p. 352. u. 353. Udalr. Zasius ad L. 8. §. 6. und L. 20. §. 6. h. t. (in Oper. Tom. II. p. 24. u. 30.) haben diese Gesetzstellen schon längst dahin vereinigt, daß den Erben und übrigen Nachfolgern des Betheiligten das restitutorische Edict nur in so weit zustehe, wenn der Errichter noch vor dem Tod oder der Veräußerung, aber nach bereits eingelegter Verhinderung an dem neuen Werk fortgefahren habe.

4) L. 8. §. 7. D. h. t. „Quod si is, cui opus novum „nuntiatum erat, decesserit, vel aedes alienaverit: „non extinguitur o. n. n.: idque ex eo apparet, quod „in stipulatione, quae ex hac causa interponitur, etiam „haeredis mentio fit." L. 22. „Cui opus novum „nuntiatum est, ante remissam nuntiationem opere „facto decessit, debet heres ejus patientiam destruen- „di operis adversario praestare: nam et in restituendo

„hujusmodi opere, ejus, qui contra Edictum fecit, „poena versatur porro, autem in poenam haeres non „succedit.“ *L.* 23. „Is, cui opus novum nuntiatum „erat, vendidit praedium, emtor aedificavit: emto„rem an venditorem teneri putas, quod adversus „Edictum factum sit? Respondit, cum o. n. n. facta „est, si quid aedificatum est, emtor, id est, domi„nus praediorum tenetur: quia nuntiatio operis non „personae fit: et is demum obligatus est, qui eum „locum possidet, in quem opus novum nuntiatum est.“

§. 12.

Uebrigens findet auch da, wo dieses bloß vorbereitende Rechtsmittel nicht statt findet, immer doch die geeignete entscheidende Klage (Klage auf Recht) statt.

Aber auch da, wo dieses Rechtsmittel, welches bloß eine vorübergehende und vorbereitende Verfügung enthält, nicht statt findet, findet doch die geeignete Klage statt [1]). Z. B. wenn A gegen den B dieses Rechtsmittel ergreift, weil dieser auf sein Haus noch einen Stock gesetzt, unerachtet dem A die Dienstbarkeit, daß B nicht höher bauen dürfte, zusteht, dem A aber deswegen, weil, wenn das Dach nicht vollends auf das Gebäude käme, dem Haus ein bedeutender Nachtheil zugefügt würde (§. 10, 4.), dieses Rechtsmittel abgeschlagen wird, so kann nachher doch A gegen den B mittelst der Dienstbarkeits-Klage (actione confessoria) auftreten.

1) *L.* 19. D. h. t. „Sciendum est, denegata exemtione „operis novi, nihilominus integras legitimas actiones „manere, sicut in his quoque causis manet in qui„bus, ab initio operis novi denuntiationem Praetor „denegat.“ Ganz richtig haben auch Duaren ad hanc. leg. (in Oper. p. 602. und Zasius ad hanc legem (in Oper. Tom. *III.* p. 28.) diese Gesetzstelle erklärt.

XXII. Aufsatz.

Ist die L. 6. pr. D. de jure fisci (49, 14.) heut zu Tage noch anwendbar?

Der sel. Adolph Dieterich Weber stellt in seinen
Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des Römischen Rechts. Schwerin 1782. S. 62. u. 71.

folgende zwey Regeln auf:

I. „Diejenigen Verordnungen, welche sich auf bloß „Römische, in Teutschland ganz unbekannte Sitten „und Verfassungen beziehen, leiden eigentlich bey uns „keine Anwendung."

II. „Auf solche Gegenstände und Geschäfte, welche „den Römern ganz unbekannt waren, sondern bloß „aus teutschen Sitten und Verfassungen oder andern „Quellen ihren Ursprung haben, läßt sich das Römi„sche Recht nicht anwenden."

Daß beide Regeln zu Mißbräuchen Anlaß geben können, vielleicht auch schon gegeben haben, möchte wohl nicht zu bezweifeln seyn; falsche Anwendung aber ist der Richtigkeit der Regel niemals nachtheilig — und somit gehe ich nun zur Erörterung der vorliegenden Frage über. Die

L. 6. pr. D. de jure fisci (49, 14.)

enthält folgendes: *Fiscus, cum in privati jus succedit, privati jure pro anterioribus suae successionis temporis utitur. Caeterum, posteaquam successit, habebit privilegium suum.* Sed utrum statim atque coepit ad eum pertinere nomen: an vero posteaquam convenit debitorem, an posteaquam relatum est inter no-

mina debitorum, quaeritur; et quidem usuras exinde petit fiscales, etsi breviores debeantur, ex quo convenit certum debitorem et confitentem. At in privilegio varie rescriptum est: *puto tamen exinde privilegio esse locum, ex quo inter nomina debitorum relatum nomen est.*

Daß nun diese Stelle auf alle Fälle, in welchen die Staats Kasse an die Stelle eines Privatmannes tritt, anwendbar seye; daß dieß also namentlich auch bey Abtretungen (Cessionen) der Fall seye — daß aber das Vorzugsrecht der Staats-Kasse niemals solchen Gläubigern, welche, falls der Vorfahrer der Staats-Kasse selbst ein Vorrecht hatte, ein älteres — oder falls die Forderung eine ganz einfache war, überhaupt ein Vorzugsrecht hatten — durchaus nicht nachtheilig seye, und daß das Vorzugsrecht der Staats-Kasse mit dem Augenblick beginne, wo der Schuldner als Schuldner der Staats-Kasse eingetragen wurde, ersieht man aus jener Stelle deutlich.

Glück, Erläut. der Pandekten, §. 1019. 16r. Thl. S. 410. u. 411. Mühlenbruch, Lehre von der Cession der Forderungs-Rechte, Greifswalde 1817. §. 58. S. 530. u. 531.

Ganz richtig ist ferner, daß dieser Stelle die

L. 3. §. 7. D. ej. tit.

Si posteriori creditori fiscus successerit eo jure utitur, quo is usurus erat, cui successit — durchaus nicht widerspricht, sondern vielmehr nur die obige Stelle bestätigt, nehmlich daß das eigene, auf die ursprünglich fremde Forderung durch die Nachfolge der Staats-Kasse übergegangene, Vorzugsrecht derselben, früheren Vorzugsrechten der übrigen Gläubiger durchaus unnachtheilig seye. Allein unwillkührlich dringt sich hier die Frage auf: ob diese Stelle auch heut zu Tage und auf unser heutiges Gannt-Verfahren

noch anwendbar seye? Ich setze folgenden ganz einfachen Fall: Die Staats-Kasse hat eine ursprünglich einfache Forderung von — :. 200 fl. übernommen; der Schuldner geräth in Gannt; die Masse beträgt . . . . . . 450 fl.

An Schulden sind vorhanden:

a) ältere öffentliche Pfand-Gläubiger . . 200 fl.
— gesetzliche Pfand-Gläubiger . . 200 —
— einfache Pfand-Gläubiger . . 200 —
b) neuere öffentliche Pfand-Gläubiger . . 200 —
— gesetzliche Pfand-Gläubiger . . 200 —
— einfache Pfand-Gläubiger . . 200 —

Die Gannt-Kosten und die Forderungen der ersten Abtheilung betragen . . 50 —

Nun spricht die Staats-Kasse das ihr vom Gerichtsbrauch eingeräumte Vorzugsrecht der unbedingt bevorzugten Pfand-Gläubiger in der 2ten Abtheilung an, und da würde sich folgendes ergeben:

1ste Abtheilung . . 50 fl.
2te Abtheilung,
die Staats-Kasse . . . . . . 200 —
3te Abth. 1ste Unter-Abth.
die ältern öffentlichen Pfand-Gläubiger . 200 —
450 fl.

womit die Masse erschöpft ist. Nun werden sich die älteren öffentlichen Pfand-Gläubiger, welche noch befriedigt wurden, nicht beschweren. Die neueren öffentlichen Pfand-Gläubiger können sich nicht beschweren, weil gegen sie klar unsere Stelle spricht. Allein es beschweren sich die älteren gesetzlichen Pfand-Gläubiger, welche offenbar nach jener Stelle der Staats-Kasse vorgehen; will man nun aber diese berücksichtigen, und sie der Staats-Kasse vorsetzen, so treten die neuern

öffentlichen Pfand-Gläubiger auf, und behaupten mit Recht ein Vorzugsrecht vor den ältern gesetzlichen. — Das Nehmliche würde entstehen, wenn die Staats-Kasse nur eine Stelle unter den gesetzlichen Pfand-Gläubigern anspräche; denn auch hier würde zwischen den ältern einfachen und späteren gesetzlichen Pfand-Gläubigern der nehmliche Zwist entstehen. Was ist nun hier anzufangen? Selbst zerhauen läßt sich dieser Knoten nicht; immer wird man — wie man auch verfahren möchte — hier oder dort ein Unrecht begehen. Doch man sieht wohl, daß der Verfasser unserer Stelle auch nicht unser heutiges, sondern das von dem heutigen ganz verschiedene Gannt-Verfahren im Auge hatte, und daß also unsere Stelle auf etwas, was wir zum Theil nimmer kennen, niemals aber als Gesetz angenommen haben, berechnet ist. — Daher müssen wir nun zu den Weberischen Regeln unsere Zuflucht nehmen, und von diesen kommt volle Hülfe; denn sie belehren uns klar und deutlich: daß die auf das bloße Römische, uns ganz unbekannte Gannt-Verfahren berechnete L. 6. D. de jure fisci auf unser heutiges, von demselben ganz verschiedenes nicht anwendbar seye. Wollte aber Jemand behaupten, daß wenigstens außerhalb Gannts sie noch heut zu Tage anwendbar sey, so gebe ich ihm dieß, wenn er auch nur einigermaßen das praktische Interesse dieser Frage nachzuweisen vermöchte, gerne zu.

XXIII. Aufsatz.

Hat der außerordentliche Verdienst eines Dienstboten das unbedingte Vorzugsrecht eines Liedlohns anzusprechen?

(In einem Rechtsfall.)

Bey dem Gannte eines Handwerkers meldete einer seiner Gesellen eine sehr bedeutende Liedlohns-Forderung ohne alle Beweise an. In dem Gannt-Urtheil wurde ihm, falls er sie erweisen würde, eine Stelle unter den unbedingt bevorzugten Gläubigern eingeräumt. Bey dem Beweis-Verfahren selbst aber ergab sich, daß er seinen Liedlohn ganz erhalten hatte, seine Forderung aber noch bloß von dem sogenannten Weil-Verdienst herrühre. Er hatte nehmlich mit seinem Dienstherrn die Uebereinkunft getroffen, ihm die gewöhnlichen Arbeitsstunden Vor- und Nachmittags gegen einen bestimmten Wochenlohn und die tägliche Kost zu arbeiten; was er aber außer jenen Stunden, in seinen Ruhe- oder Weilstunden, wie sie der Handwerksgebrauch zu nennen pflegt, arbeitete, wurde ihm von dem Meister dem Stücke nach bezahlt, und diesen Verdienst nennt nun jener Sprachgebrauch, als einen in den Weilstunden gemachten Verdienst — Weil-Verdienst. Hier fragt sich nun: ob auch dieser Weil-Verdienst (außerordentliche Verdienst) das unbedingte Vorzugsrecht des Liedlohns anzusprechen habe? Daß nun auch jene zweite Uebereinkunft nichts anders als ein Dienst-Miethvertrag war, und daß Liquidant auch jenen Weil-Verdienst nur mit der Klage aus dem

Dienst-Miethvertrag (actione locati) fordern konnte, unterliegt keinem Zweifel, und somit möchte es auch scheinen, als ob jenen beyden Forderungen — als aus dem nehmlichen Rechtsgrund entsprungen — Eine und ebendieselbe Stelle im Gannt-Urtheil gebühre. Allein es ist wohl zu erwägen, daß der Dienst-Miethvertrag noch nicht an und für sich, sondern bloß in der nähe- ren Beziehung, wenn noch aus demselben nicht bloß eine Geld-, sondern auch eine Verbindlichkeit auf Kost- reichung entspringt — kurz nur in dem engsten Ver- hältnisse des Dienstboten zum Dienstherrn ein solches Vorzugsrecht begründet. Denn so würde z. B. einem Schneider, wenn ihm auch gleich sämmtliche Erfor- dernisse zu einem Kleid geliefert werden, und er das- selbe bloß zu verfertigen hat — was offenbar dann rei- ner Dienst-Miethvertrag ist — von Niemand jenes Vorzugsrecht seiner dießfalsigen Forderung halber ein- geräumt werden. Man muß ferner sich die Frage so stellen: Ob es wohl irgend einem Zweifel unterliegen würde, wenn jener Geselle einem andern Meister, oder diesem Meister ein in Diensten eines andern befindli- cher Geselle, unter gleichen Bedingungen, gearbeitet hätte, dieser Forderung bloß eine Stelle in der letzten Abtheilung anzuweisen? und man wird sogleich sich auf den wahren Standpunkt versetzen. Man wird nehmlich jetzt wohl einsehen, daß wenn der sogenannte Weilverdienst gleich noch in den Gränzen des Dienst-Miethvertrags im weitern Sinne des Worts — er doch nicht mehr innerhalb der Gränzlinie des Dienst-Miethvertrags im engern Sinne des Worts — Brod-dienst- oder Liedlohns-Vertrag möchte ich es nennen — liegt. In Betreff jenes Verdienstes war nehmlich der Meister des Gesellen nimmer sein Dienst- und Brod-

Herr; es fand ferner keine Zwangs-Verbindlichkeit zur Arbeit von Seiten des Gesellen statt; er konnte nehmlich arbeiten, wenn er wollte, aber er mußte nicht arbeiten, wenn er seine Freystunden zu einem andern Zweck benützen wollte; — es fand aber eine Zwangs-Verbindlichkeit von Seiten des Meisters statt, ihm die Arbeitsstücke in den bedungenen Preisen zu bezahlen. Jener Verdienst hat also auch mit dem Liedlohn durchaus keine Aehnlichkeit, und der Meister erscheint hier rein als Dritter, oder vielmehr in einer gedoppelten Eigenschaft, einmal als Dienst-Brodherr, das anderemal als Dienstherr im weiteren Sinne des Worts. — Sein Dienstbote war der Geselle nur in den bedungenen Arbeitsstunden; in diesen konnte er zur Arbeit angehalten werden, und für diese bezog er seinen Liedlohn. Außerhalb jener war er zwar immer noch sein Geselle, aber nicht sein Dienstbote; er hatte in den früheren Tagesstunden bereits seine Dienstboten-Verbindlichkeit erfüllt, und diese Ruhestunden konnte er nach dem Dienst-Miethvertrag zu seinen eigenen beliebigen Zwecken benützen. Eben deßwegen aber auch unterscheidet sich der sogenannte Weilverdienst vom Liedlohn wesentlich, und daher konnte auch jenem rücksichtlich des Ersteren das unbedingte Vorzugsrecht des Letzteren nicht eingeräumt, sondern er mußte damit, als mit einer ganz einfachen Forderung, in die letzte Abtheilung verwiesen werden.

XXIV. Aufsatz.

Ein Beitrag zu der Lehre von der Wirkung eines rechtskräftigen Urtheils in Beziehung auf Dritte.

(In einem Rechtsfall.)

A. war dem B. eine bedeutende Summe schuldig, wofür er ihm einen Wechsel ausgestellt hatte. Nach bereits erfolgter Verjährung trat B. den Wechsel an den C. ab, und C. klagte ihn ein. A. wurde nun endlich als Ungehorsamer von dem Wechsel-Gericht verurtheilt. Es verstrichen nunmehr Jahre, bis über den A. der Gannt losbrach, und bey diesem sprach C. das den Wechseln gebührende Pfandrecht an, wurde aber damit von dem Richter erster Stelle aus dem Grunde abgewiesen, weil der Wechsel, noch ehe er bey dem Wechselgericht eingeklagt worden, verjährt gewesen seye. Nun ergriff C. das Rechtsmittel der Berufung, und der Richter zweiter Stelle änderte das erste Urtheil aus dem Grunde ab, weil das von dem Wechselgericht ausgesprochene Urtheil auch die Gläubiger des Wechselschuldners binde. Beide Urtheile weichen also darin von einander ab, daß bey dem einen das Urtheil des Wechselgerichts gar nicht, bey dem andern aber einzig und allein dasselbe zu Grunde gelegt wurde. Welche Ansicht nun die richtige seye? ist der Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Das Urtheil des Wechselgerichts verurtheilte den Gemeinschuldner zu der Zeit, wo er noch nicht ganntmäßig war, zur Bezahlung nach Wechselrecht. Gegen ihn

konnte also auch C. nach Wechselrecht klagen, gegen ihn nach Wechselrecht Hülfs-Vollstreckung erkannt werden. Nun aber durch den Gannt änderte sich die Sache; jetzt blieb zwar immer noch die Masse Schuldnerin des C, allein nimmer A, sondern, wie dieß in dem vorliegeuden Fall wirklich war, der ihm zunächst folgende Gläubiger, an welchem die Bezahlung ausgieng, mußte ihn bezahlen, daher der Streit um das Vorzugsrecht. Das Urtheil wurde also auch gegen den Dritten, nicht gegen den Verurtheilten in Anwendung gebracht. Und warum sollte nun dieser Dritte, der ursprünglich nicht mitgestritten hatte, gegen den das Urtheil nicht gerichtet war, und nicht gerichtet seyn konnte, hierunter leiden? Er war es, der erst im Gannt jetzt an die Stelle des A. trat, und statt diesem den C. befriedigen sollte; er war es, der erst jetzt ebendeßwegen in einen Streit über das Vorzugsrecht verwickelt wurde; er war es, dem jetzt alle Einreden, deren sich A. anfänglich hätte bedienen können, zu Gebote stehen, und er ist es also auch, gegen den jetzt erst erkannt werden konnte. Allein man könnte hier die Einwendung machen, daß schon vermöge der Activ- und Passiv-Repräsentation der Masse jenes Urtheil auf alle Gläubiger des A. wirke; will man aber der Passiv-Repräsentation der Masse eine solche ausgedehnte Wirkung beylegen, so steht es wahrhaft um die Vorzugsrechte der einzelnen Gläubiger schlecht; denn da offenbar hieraus folgen würde, daß die Gläubiger vermöge jener Passiv-Repräsentation sich selbst unter sich bezahlen müßten, so könnte von einem Vorzugsrecht der einzelnen Gläubiger niemals die Rede seyn. Denn was auch der einzelne Gläubiger vermöge seines Vorzugsrechts von andern erhielte, würde ihm mittelst je

nes Repräsentationsrechts offenbar wieder entwunden. Ewig wahr bleibt es daher auch, was

Gönner, in seinem Handbuch des gemeinen deutschen Processes, 4r. Bd. 82ste Abh. §. 27. S. 373.

sagt: „Sobald Gesetze einigen Forderungen Vorzüge „zugestehen, sobald folgt hieraus unter den Gläubigern, „ihrer Gemeinschaft unerachtet, eine Trennung im „Punkte des Vorzugs, worüber sogar die interessirten „Gläubiger, der Gemeinschaft unbeschadet, als Geg„ner unter sich streiten können" — womit auch

Dabelow, ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurs der Gläubiger, Halle 1804. S. 708. und Gensler (im juridischen Archiv, 2r. Bd. S. 353.)

mit ihm übereinstimmen. Diese Grundsätze hat nun auch in einem neuern Fall das Königl. (Würtemb.) Ober-Tribunal als die einzig wahren und richtigen anerkannt,

Kapfs Rechtssprüche, 1r. Thl. S. 201.

und nach diesen Grundsätzen ist nun derjenige Gläubiger, welchem vermöge jenes Urtheils von dem C. die Bezahlung entwunden wurde, offenbar Dritter — als diesen aber berührt ihn jenes Urtheil nicht;

L. 22. D. de except. rei jud. (44, 2.)

und somit erscheint auch die erste Meinung, welche jenes Urtheil nicht berücksichtigt, offenbar als die theoretisch-richtigere.

XXV. Aufsatz.

Ausführliche Erläuterung der Lehre von der Schenkung von Todeswegen (mortis causa donatio).

---

§. 1. Ich darf es wohl als einen längst erwiesenen Satz voraussetzen, daß in den Zeiten des ältern Römischen Rechts die Schenkung erst ihren Rechtsbestand durch die Uebergabe der geschenkten Sache an den Schenknehmer erhielt; daß also das bloße Versprechen, Jemand eine Sache schenken zu wollen — vorausgesetzt natürlich, daß dieses Versprechen nicht in die Form einer Stipulation eingekleidet war — keine klagbare Verbindlichkeit begründete, und daß erst Justinian in der

L. 35. §. 5. C. de donat. (8, 54.)

(vom 15. April 530.) dem bloßen Verspruch eine klagbare Verbindlichkeit unterlegte.

vergl. auch §. 2. J. de donat. (2, 7.)

und den Commentar des Theophilus hierüber,

Ed. Reitz. Tom. I. p. 299.

Et sicuti venditor rem venditam tradere cogitur, ita Imperatoris nostri constitutio eum, qui donare voluit, cogit omnino rem donatam tradere, *tribuens donationi perfectum robur, etsi traditio non sit secuta.*

§. 2. Was wir also in den Digesten, was wir in dem Codex vor jener Justinianeischen Verordnung finden, bezieht sich nur auf solche Schenkungen, welche durch die Uebergabe der geschenkten Sache bereits ihren Rechtsbestand erhalten hatten; und namentlich setzt der ganze tit. D. de mortis causa donat. (39, 6.)

nur solche Schenkungen voraus. Was ist denn nun eine solche Schenkung von Todeswegen, und worin besteht ihr specifischer Charakter? dieß ist wohl die erste Frage, die sich hier uns aufdringen möchte.' — Mager und ziemlich undeutlich ist die Erklärung Marcians:

L. 1. D. de m. c. d. (39, 6.)

Mortis causa donatio est, cum quis habere se vult, quam eum, cui donat: magisque eum, cui donat, quam haeredem suum. §. 1. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piraeo. Deutlicher aber wird sie, wenn man wirklich jene Homerische Stelle, die Justinian in seinen Institutionen

§. 1. J. de donat. (2. 7.)

anführt, und die nach der Reitzischen Uebersetzung

Tom. I. p. 299.

also lautet:

Piraee, nec enim scimus, quomodo casura haec sint coepta.
Si quidem me proci insolentes in aedibus
Clanculum occidentes, paterna omnia dividant,
Malo te ipsum possidentem his frui, quam ullum eorum:
Sin autem ego illis caedem ac mortem intulero
Tum sane tu laetus mihi laeto in aedes referas.

Und Paulus gibt uns wirklich eine sehr schöne Erklärung jener Stelle Marcians in der

L. 35. §. 2. D. h. t.

Sed mortis causa donatio longe differt ab illa vera et absoluta donatione, quae ita proficicsitur, ut nullo casu revocetur: et ibi, qui donat,

illum potius, quam se habere mavult: at is, qui mortis causa donat, se cogitat, atque amore vitae recepisse potius quam dedisse mavult: et hoc est, quare vulgo dicatur, se potius habere vult, quam eum, cui donat: illum deinde potius, quam haeredem suum. — Hier belehrt uns nehmlich Paulus, daß die Schenkung von Todeswegen von der gewöhnlichen sich dadurch specifisch unterscheide, daß zwar der Schenkgeber dem Erben den Schenknehmer in Hinsicht auf die geschenkte Sache vorziehe; dabey aber doch sich selbst nicht vergesse, und sich somit die Sache für seine Lebzeit noch vorbehalte. Darin also unterscheidet sich die Schenkung von Todeswegen wesentlich von der gewöhnlichen, daß sie bis zum Tode des Schenkgebers widerruflich ist, der Schenkgeber also, so lange er lebt, diese widerrufen kann.

L. 8. §. 1. D. h. t.

Denique et sic posse donari ait, ut si convaluerit, recipiatur.

L. 16. D. h. t.

Mortis causa donatio, etiam dum pendet, an convalescere possit donator, revocari potest.

L. 30. D. h. t.

Qui mortis causa donavit, ipse ex poenitentia condictionem, vel utilem actionem habet.

L. 32. D. h. t.

Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur.

§. 3. Daß aber gerade darin der specifische Unterschied der Schenkung von Todeswegen von andern Schenkungen liege, scheint einigen andern Stellen zu widersprechen. Denn so sagt Ulpian

L. 2. D. h. t.

Aliam esse speciem mortis causa donationum, cum quis imminente periculo commotus, ita donat, ut statim fiat accipientis.

Julian

L. 13 D. h. t.

Sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu fit ejus repetitio: id est, nec si convaluerit quidem donator. — Und so wäre nun der specifische Unterschied dieser Schenkung, nehmlich ihre Widerruflichkeit bis zum Tode des Schenkgebers, wirklich verschwunden. Allein Marcian lös't dieses Räthsel in der

L. 27. D. h. t.

Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est, quam mortis causa donatio; et ideo perinde haberi debet, atque alia quaevis inter vivos donatio: ideoque inter viros et uxores non valet: et ideo nec Falcidia locum habet, quasi in mortis causa donatione — womit auch Papinian in der

L. 42. §. 1 D. h. t.

übereinstimmt. Cum pater in extremis vitae constitutus, emancipato filio quaedam sine ulla conditione redhibendi donasset, ac fratres et cohaeredes ejus bonis contribui donationes, Falcidiae causa, vellent: jus antiquum servandum esse respondi; non enim ad alia constitutionem pertinere, quam quae lege certa donarentur, et morte insecuta quodammodo bonis auferrentur, spe retinendi peremta: eum autem, qui absoluto donaret, non tam mortis causa, quam morientem donare. — Indem uns Marcian hier klar und deutlich belehrt, daß eine zwar in Hinsicht auf den Tod des Schenkgebers von diesem ge-

machte unwiderrufliche Schenkung noch keine Schenkung von Todeswegen, sondern eine bloß in Hinsicht auf den Tod durch diese Hinsicht veranlaßte gewöhnliche Schenkung seye. Sie seye in Hinsicht auf den Rechtsbestand durch den Tod des Schenkgebers nicht bedingt, was also wesentlich, und wovon ihre Widerruflichkeit die nächste Folge ist. Und somit sehen wir nun, daß es eine Schenkung von Todeswegen im weiteren und im engeren Sinne gibt. Nur die im engeren Sinne aber, nehmlich die durch den Tod des Schenkgebers bedingte, von demselben also immer noch widerrufliche Schenkung, ist die eigentliche Schenkung von Todeswegen im rechtlichen Sinne des Worts, und Gegenstand unserer Abhandlung.

§. 4. Wie unterscheidet sich denn aber nun die Schenkung von Todeswegen von dem Empfang von Todeswegen (mortis causa capio)? Was Empfang von Todeswegen, wie ich mortis causa capio übersetzen möchte, sey, lehrt uns deutlich Gajus in der

L. 31. pr. D. h. t.

Mortis causa capitur, cum propter mortem alicujus capiendi occasio obvenit: exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur: certe enim et qui hereditario, aut legati aut fideicommissi jure capit, ex morte alterius nançiscitur capiendi occasionem: sed quia proprio nomine hae species capiendi appellantur, ideo ab hac definitione separantur. §. 2. Sine donatione autem capitur, veluti pecunia, quam statu liber, aut legatarius alicui conditionis implendae gratia numerat: sive extraneus sit, qui accepit, sive haeres. Eodem numero est pecunia, quam quis in hoc accipit,

ut vel adeat haereditatem, vel non adeat; quique in hoc accipit pecuniam, ut legatum omittat. Sed et dos, quam quis in mortem mulieris à marito stipulatur, capitur sane mortis causa: cujus generis dotes receptitiae vocantur. — Was auch Ulpian

L. 8. D. h. t.

Qui pretio accepto haereditatem praetermisit, sive ad substitutum perventura sit haereditas, sive ab eo ab intestato successurus, mortis causa capere videtur: nam quicquid propter alicujus mortem obvenit, mortis causa capitur: quam sententiam et Julianus probat: et hoc jure utimur. Nam et quod à statu libero conditionis implendae causa capitur, vel à legatario, mortis causa accipitur, et quod pater dedit propter mortem filii vel cognati, mortis causa capi Julianus scripsit — und Julian

L. 21. D. h. t.

Eum, qui ut adiret haereditatem, pecuniam accepisset, plerique, in quibus Priscus quoque responderunt, mortis causa eum capere — bestätigen.

Empfang von Todeswegen heißt also Alles, was irgend Jemand aus Gelegenheit des Todes eines Andern erhält; somit gehören auch Erbschaften, Vermächtnisse, Fideicommisse zu den Empfängen von Todes wegen, jedoch nur im weiteren Sinne des Worts; denn im engeren Sinne des Worts wird nur dasjenige Empfang von Todes wegen genannt, wofür kein besonderer, diese Art des Empfangs näher bezeichnender, Ausdruck vorliegt. So gehört nun namentlich auch die Schenkung von Todes wegen nicht zu den Empfängen von Todes wegen, wie uns Marcellus

L. 38. D. h. t.

belehrt. Inter mortis causa donationem, et omnia, quae mortis causa quis ceperit, est earum rerum differentia. Nam mortis causa donatur, quo praesens praesenti dat; à mortis causa capi intelligitur et quod non capit in speciem donationis. Etenim cum testamento quis suo Pamphilum servum suum liberum esse jussit, si mihi decem dederit, nihil mihi donasse videbitur; et tamen, si accepero à servo decem, mortis causa accepisse me convenit. Idem accidit, quod quis sit haeres institutus, si mihi decem dederit; nam accipiendo ab eo, qui haeres institutus est, conditionis explendae ejus causa, mortis causa capio. — Denn die Schenkung von Todes wegen unterscheidet sich von dem Empfang von Todes wegen im engeren Sinne des Worts, daß bey jener immer der Schenknehmer unmittelbar vom Schenkgeber und noch bey Lebzeiten desselben sein Geschenk erhält (praesens praesenti dat), während der Empfang von Todes wegen erst nach dem Tode des Erblassers, oft bloß mittelbar auf den Schenknehmer übergeht. — Allein, wenn der Schenkgeber bloß in Hinsicht auf den Tod eines Dritten, schenkt: so ist dieß keine Schenkung von Todes wegen, sondern Empfang von Todes wegen im engeren Sinne des Worts, wie uns Julian

L. 18. D. h. t.

belehrt. Mortis causa capimus non tunc solum, cum quis suae mortis causa nobis donat; sed et si propter alterius mortem id faciat; veluti si quis filio, vel fratre suo moriente, donet Maevio ea conditione, ut si convaluerit alteru-

ter eorum, reddatur sibi res, si decesserit maneat apud Maevium.

§. 5. Und nun erst bin ich im Stande, eine Erklärung der Schenkung von Todes wegen im Sinne des ältern Römischen Rechts zu geben. Schenkung von Todes wegen nehmlich ist eine von dem Schenkgeber dem Schenknehmer in Hinsicht auf seinen Tod gemachte, bis zu seinem Tode aber widerrufliche Schenkung. — Daß hier aber nach dem Sinne des älteren Römischen Rechts eine durch Uebergabe der Sache vollbrachte Schenkung zu verstehen seye, habe ich bereits im §. 1. bemerkt. Daß eine nahe bevorstehende Todesgefahr durchaus nicht nothwendig seye, sondern Jemand schon im allgemeinen Hinblick auf seinen Tod schenken könne, belehren uns

L. 2. D. h. t.

Unam speciem mortis causa donationum ait esse Julianus, cum quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat.

L. 3. D. h. t.

Mortis causa donare licet, non tantum, infirmae valetudinis causa, sed periculi etiam propinquae mortis, vel ab hoste vel à praedonibus, vel ab hominis potentis crudelitate aut odio, aut navigationis ineundae.

L. 4. D. h. t.

Aut per insidiosa loca iturus —

L. 5. D. h. t.

Aut aetate fessus.

L. 6. D. h. t.

Haec enim omnia instans periculum demonstrant.

L. 31. §. 2. D. h. t.

Rursus id, quod mortis causa donatur, aut in

periculum datur, aut cogitationem mortalitatis, quod nos quandoque morituros intelligimus.

L. 34. §. 4. D h. t.

Mortis causa donatio fit multis modis. Alias extra suspicionem ullius periculi à sano et in bona valetudine posito, et cui ex humana sorte mortis cogitatio est. Alias ex metu mortis aut ex praesenti periculo, aut ex futuro: si quidem terra marique, tam in pace, quam in bello, et tam domi, quam militiae, multis generibus mortis periculum metui potest.

L. 43. D. h. t.

Fulcinius: inter virum et uxorem mortis causa donationem ita fieri, si donator justissimum mortis metum habeat. Neratius: *sufficere existimationem donantis hanc esse, ut moriturum se putet, quam juste nec ne susceperit, non quaerendum: quod magis tuendum est.* — Uebrigens wird der Tod durch Henkershand nicht als Tod gegenüber von der Schenkung von Todes wegen angesehen, und sie erhält also auch durch solchen die volle Rechtskraft nicht, wie uns Ulpian

L. 7. D. h. t.

belehrt: Si aliquis mortis causa donaverit, et poena fuerit capitis affectus: removetur donatio ut imperfecta; quamvis ceterae donationes sine suspicione poenae factae valeant.

§. 6. So hätten wir denn nun aber ein Rechtsgeschäft, welches zum Theil in die Art der Rechtsgeschäfte unter Lebenden, zum Theil in die — der von Todes wegen eingreift. Da nun aber der verschiedenen Grundsätze halber dieses Rechtsgeschäft nicht so kurz weg halb zu der einen, halb zu der andern Art

gezählt werden konnte, so muß offenbar beurtheilt werden, welcher Charakter denn der vorherrschende bey demselben seye, und nach welchen Grundsätzen es also in der Regel beurtheilt werden müsse. Hierauf erwiedern uns nun Julian

L. 17. D. h. t.

Legatorum instar obtinent.

L. 15. D. h. t.

Paulus notat: hoc et constitutum est, et ad exemplum legatorum mortis causa donationes revocatae sunt.

Ulpian

L. 37. D. h. t.

Illud generaliter meminisse oportebit, donationes mortis causa factas, legatis comparatas: quodcumque igitur in legatis juris est, id in mortis causa erit accipiendum. Und Paulus belehrt uns, daß dieß selbst die Meinung des Römischen Senats gewesen sey.

L. 35. D. h. t.

Senatus censuit, placere mortis causa donationet factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem causa haberi, in qua essent, quae testamento his legata essent, quibus capere per legem non liceret.

Folgesätze hieraus sind:

1) in Hinsicht auf die Erwerbsfähigkeit des Geschenknehmers, daß er die Erwerbsfähigkeit eines Vermächtnißnehmers haben muß. Paulus

L. 9 D. h. t.

Omnibus mortis causa capere permittitur, qui scilicet et legata accipere possunt, und die oben abgedruckte L. 35. — und es kommt hiebey darauf an, ob der Schenknehmer zur Zeit des Todes des Erblassers erwerbsfähig gewesen ist.

L. 22. D. h. t.
In mortis causa donationibus non tempus donationis sed mortis intuendum est, an quis capere possit.

2) Dem Schenkgeber steht, wenn er die Schenkung widerrufen will, bis zu seinem Tode die Eigenthumsklage sowohl gegen den Schenknehmer als den dritten Besitzer zu. Ulpian

L. 29. D. h. t.
Si mortis causa res donata est, et convaluit, qui donavit: videndum, an habeat in rem actionem? Et si quidem quis sic donavit, ut si mors contigisset, tunc haberet, cui donatum est, sine dubio donator poterit rem vindicare, mortuo eo, tunc is, cui donatum est. Si vero sic, ut jam nunc haberet, redderet si convaluisset vel de proelio vel peregre rediisset: potest defendi in rem competere donatori, si quid horum contigisset: interim autem ei, cni donatum est. Sed et, si morte praeventus sit is, cui donatum est, adhuc quis dabit in rem donatori.

L. 37. §. 1. D. h. t.
Julianus ait: si quis servum mortis causa sibi donatum vendiderit, et hoc vivo donatore fecerit: pretii condictionem donator habebit, si convaluisset et hoc donator elegerit: alioquin et ipsum servum restituere compellitur. Damit scheinen zwar die

L. 19. D. h. t.
Qui rem, quam mortis causa acceperat, alii porro dederit: nam donator huic non rem, sed pretium ejus condiceret — und

L. 39. D. h. t.
Si is, cui mortis causa servus donatus est, eum

manumisit, tenetur condictione in pretium servi: quoniam scit, posse sibi condici, si convaluerit donator — im Widerspruch zu stehen, und dem Schenkgeber bloß eine Condiction auf Erstattung des Preises einzuräumen; allein, daß diese Gesetzstellen mit den obigen leicht vereinbar sind, ersehen wir aus der oben abgedr. L. 37. §. 1., welche dem Schenkgeber offenbar die Wahl einräumt, entweder den Schenknehmer mittelst einer Condiction auf Erstattung des Preises, oder den dritten Besitzer mittelst einer Eigenthumsklage auf Erstattung der Sache zu belangen, und nur dann, wenn der Schenknehmer die Schuld seinem Schuldner geschenkt hat, und diese zurückrufen will, kann er sich nicht mehr der Klage aus dem vormaligen, vor der Schenkung bestandenen und durch dieselbe aufgehobenen Rechtsgrund bedienen, sondern er muß hier eine Condiction anstellen. Julian

L. 24. D. h. t.

Quod debitori acceptum factum esset mortis causa, si convaluerit donator, etiam tempore liberato ei potest condici: namque acceptilatione interveniente abitum ab jure pristinae obligationis, eamque in hujus condictionis transfusam. — Nun hat der Schenkgeber, wenn er die Sache mittelst der Eigenthumsklage zurückfordert, dem Schenknehmer oder dritten Besitzer die nothwendigen und nützlichen — nicht aber die bloß Vergnügens halber auf die Sache aufgewandten Kosten zu ersetzen.

L. 14. D. h. t.

Si mortis causa donatus fundus est, et in eum impensae necessariae atque utiles factae sint: fundum vindicantes doli mali exceptione summoventur, nisi pretium earum restituant.

3) Hat der Schenkgeber von der Schenkung von

Todes wegen sich die Falcidie abziehen zu lassen. Dieß folgt per argumentum ex contrario klar und deutlich aus den §. 3. abgedruckten

L. 27. u. 42. §. 1. D. h. t.

Uebrigens kann bey Berechnung der Falcidie dem Schenknehmer nur dasjenige aufgerechnet werden, was sich wirklich als reiner Empfang darstellt; daher kann ihm von einer geschenkten Forderung nur dasjenige in Berechnung kommen, was er wirklich an jener Forderung erhalten konnte, und erhielt, nicht aber dasjenige, was an derselben verloren gieng; eben so kann, wenn ihm ein beschwertes Grundstück geschenkt wurde, nur der Ueberschuß des Werths über die Beschwerde ihm in Berechnung gebracht werden.

L. 18. §. 1. D. h. t.

Si donaturus mihi mortis causa, debitorem tuum creditori meo delegaveris, omnimodo capere videbor tantam pecuniam, quanta à creditore meo liberatus fuero. Quod si ab eodem ego stipulatus fuero, eatenus capere existimandus ero, quatenus debitor solvendo fuerit; nam etsi convaluisset creditor, idemque donator, condictione aut in factum actione debitoris obligationem dumtaxat reciperet. §. 3. Qui hominem noxae nomine, vel alias obligatum mortis causa acceperit; tantum cepisse intelligendus est, quanti is homo venire potuisset. Idem in fundo, qui obligatus est, observari poterit, ut pretium excutiatur.

L. 31. §. 3. D. h. t.

Si jusseris mortis causa debitorem tuum mihi, aut creditori meo expromittere decem; quid juris esset quaeritur, si iste debitor solvendo non sit? Et ait Julianus, si ego stipulatus fue-

rim, tantam pecuniam videri me cepisse, in quantum debitor solvendo fuisset; nam etsi convaluisset, inquit, donator, obligationem dumtaxat debitoris recipere deberet. Si vero creditor meus stipulatus fuerit, tantam videri me pecuniam accepissem, in quantam à debitore meo liberatus essem.

4) Wenn die Erbschaft überschuldet ist, so können Schenkungen von Todes wegen wie Vermächtnisse mit der Paulianischen Klage selbst dann angefochten werden, wenn der Schenknehmer bey der Schenkung nicht die Absicht hatte, seine Gläubiger zu betrügen.

L. 17. D. h. t.

Et si debitor consilium creditorum fraudendorum non habuisset, avelli res mortis causa ab eo donata debet: nam cum legata ex testamento ejus, qui solvendo non fuit, omnimodo inutilia sint, possunt videri etiam donationes mortis causa factae rescindi debere; quia legatorum instar obtinent.

§. 7. Allein auf der andern Seite hat dann auch die Schenkung von Todes wegen wieder Mehreres mit den Rechtsgeschäften unter Lebenden gemein, oder unterscheidet sich wenigstens von dem Vermächtniß. Die wesentlichen Unterscheidungen zwischen beiden bestehen nun aber vorzüglich darin:

1) daß selbst der Haussohn, welcher kein Rechtsgeschäft von Todes wegen, selbst nicht mit Bewilligung des Hausvaters, vornehmen darf, mit Bewilligung des Hausvaters von Todeswegen schenken kann;

L. 25. D. h. t.

Filius familias, qui non potest facere testamentum, nec voluntate patris, tamen mortis causa donare patre permittente potest.

2) Bey dem Schenknehmer von Todes wegen findet nur das Erforderniß der Erwerbsfähigkeit zur Todeszeit des Erblassers statt (vergl. die §. 6. 1. abgedruckte L. 22. D. h. t.); bey dem Vermächtnißnehmer aber muß die Erwerbsfähigkeit

a) zur Zeit des errichteten Testaments,
b) zur Zeit des Todes des Erblassers, und
c) zur Zeit des Erbschafts-Antritts statt finden.

§. 4. J. de haered. qualit. et diff. (2, 19.)

3) Wenn die Schenkung von Todes wegen in mehreren zielerweisen Leistungen besteht, so versendet der Schenknehmer, wenn er nur den Anfall, nehmlich den Tod des Erblassers erlebt hat, sämmtliche Leistungen auf seine Erben, während der Vermächtnißnehmer immer nur diejenige Leistung, deren Ziels-Anfang er erlebt hat, auf seine Erben versendet.

L. 34. D. h. t.

Mortis causa donatio etiam sic constitui potest, ut quid stipuletur in annos singulos, quoad viveret: scilicet ut post mortem promissoris incipiat exactio.

L. 35. §. 7. D. h. t.

Sed qui mortis causa in annos singulos pecuniam stipulatus est, non est similis ei, cui in annos singulos legatum est; nam licet multa essent legata, stipulatio tamen una est, et conditio ejus, cui expromissum est, semel intuenda est.

§. 8. Was endlich den Erwerb des Eigenthumsrechts der geschenkten Sache durch Verjährung betrifft, so vermag der Schenknehmer die Erwerbsfähigkeit einzig von dem Schenknehmer abzuleiten (sola acces-

sione donatoris utitur). Hat er sie also durch Verjährung erworben, so ist er vor der Eigenthums-Klage des früheren Eigenthümers sicher; allein vor dem Widerruf des Schenknehmers schützt der Erwerb durch Verjährung nicht.

L. 13. D. h. t.

Si alienam rem mortis causa donavero, eaque usucapta fuerit, verus dominus eam condicere non potest, sed ego si convaluero.

L. 33. D. h. t.

Qui alienam rem mortis causa traditam usucepit, non ab eo videretur cepisse, cujus res fuisset; sed ab eo, qui occasionem usucapionis praestitisset.

§. 9. Hatte der Schenkgeber dem Schenknehmer die Sache nicht wirklich übergeben, sondern es bey der bloßen Erklärung, daß er sie ihm schenken wolle, bewenden lassen, so wird die Schenkung als ein Fideicommiß betrachtet.

L. 77. §. 26. D. de leg. (31.)

Donationis praediorum epistolam ignoranti filio mater in aede sacra verbis fideicommissi non subnixam deposuit, et litteras tales ad aedituum misit: Instrumentum voluntatis meae post mortem meam filio meo tradi volo; cum pluribus haeredibus intestato diem suum obiisset intelligi fideicommissum filio relictum, respondi non enim quaeri oportet, eum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigetur. — Eben so stand dem Schuldner, wenn der Gläubiger ihm die Schuld nur mittelst

schriftlicher Erklärung erlassen hatte, Einrede gegen die Erben desselben zu.

L. 18. §. 2. D. h. t.

Titia chirographa debitorum suorum Septicii et Maevii, donatura filiis Ageriae dedit: et rogavit eam, ut ea si decessisset, illis daret; si convaluisset, sibi redderet; morte secuta, Maevia Sitrie filia haeres extitit: Ageria autem, ut rogata erat, chirographa Septimio et Maevio suprascriptis dedit. Quaeritur, si Maevia haeres summam, quae debebatur, ex chirographis suprascriptis petat, vel ipsa chirographa: an exceptione excludi possit. Respondit Maeviam vel pacti conventi, vel doli mali exceptione summoveri posse.

L. 28. D. h. t.

Avunculo suo debitori mortis causa donaturus, quae debebat, ita scripsit: tabulae vel chirographum tot, ubicumque sunt inanes esse, neque eum solvere debere. Quaero, an haeredes, si pecuniam ab avunculo defuncti petant, exceptione doli mali tueri se possint? Marcellus respondit, posse: nimirum eum contra voluntatem defuncti haeres petit ab eo.

§. 10. So standen die Sachen, als Justinian im Sept. 530. die bekannte Constitution

L. 4. C. de donat. causa mortis (8, 57.)

erließ. Cum de mortis causa donatione dubitabatur; et alii quidem inter ultimas voluntates eam posuerunt, et legatis aggregandam esse censuerunt, alii autem inter donationes, quae inter vivos consistunt, eam posuerunt: dubietate eorum explosa, sancimus omnes mortis causa donationes, sive juxta mortem facientis

fuerint celebratae, sive longiore cogitatione mortis subsecutae sunt, actis minime indigere: neque expectare publicarum personarum praesentiam, et ea, quae super hujusmodi monumentis solum adhiberi: sed ita res procedat, ut si quinque testibus praesentibus vel in scriptis, vel sine litterarum suppositione aliquis voluerit mortis causa donationem facere; et sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate vallata, et nullam in ea calumniam accipiat; neque propter hoc, quod gesta non accesserunt, inefficax esse atque inutilis videatur: et omnes effectus sortiatur, quos ultimae habent liberalitates, neque ex quacunque parte absimilis (eis) videatur. Diese Constitution ist es nun, welche wir einer näheren und aufmerksameren Prüfung zu unterwerfen haben.

§. 11. Im Eingang dieser Constitution erklärt nun Justinian, daß er durch einen früheren Streit der Rechtsgelehrten: ob die Schenkung von Todes wegen zu den Rechtsgeschäften unter Lebenden oder von Todes wegen zu zählen seye? hiezu veranlaßt worden sey. Der Streit scheint zwischen den Cassianern und Proculejanern geführt worden zu seyn, und eine Spur hievon scheint man noch in der

L. 25. §. 3 D. h. t.

zu finden. Die Cassianer scheinen nehmlich dieselbe als eine bedingte Schenkung — also als ein Rechtsgeschäft unter Lebenden — betrachtet zu haben, während die Proculejaner sie als ein gemischtes Rechtsgeschäft ansahen, und sie theils den Rechtsgeschäften unter Lebenden (§. 7.), theils den Vermächtnissen (§. 6.) gleich setzten. Diesen Streit nun wollte Ju-

stinian entscheiden; ehe er nun aber diese Hauptfrage im Allgemeinen entscheidet, verordnet er vorher noch: daß wer eine Schenkung von Todes wegen errichten wolle, nichts zu beobachten habe, als daß er fünf Zeugen beyziehe, vor welchen er sie mündlich oder schriftlich errichten könne, und daß dieß also die einzige Form seye, von welcher die Gültigkeit der Schenkung von Todes wegen abhänge. Uebrigens aber solle die Schenkung von Todes wegen durchaus als eine Freygebigkeit im letzten Willen behandelt, und durchaus kein Unterschied zwischen beyden mehr aufgestellt werden.

§. 12. Was nun die Justinianeische Form betrifft, so sieht man schon hieraus, daß diese, wenn gleich im Vordersatz enthalten, ein Ausfluß des erst im Nachsatz ausgedrückten Grundsatzes ist, und daß Justinian hier offenbar die Codicillsform bereits im Auge hatte. Man hat nun bisher allgemein angenommen, daß jede Schenkung von Todes wegen, ohne Rücksicht auf ihren Betrag, dieser Form bedürfe, und man hatte allerdings vollen Grund, dieß anzunehmen, indem Justinian durchaus nicht zwischen dem größeren und kleineren Betrag unterscheidet; in den neuesten Zeiten aber hat

Zachariä, Institutionen rc. S. 451.

und nach ihm

v. Bülow, Abhandlungen über einzelne Materien des Römischen bürgerlichen Rechts, Braunschweig 1818. 2r. Thl. 1s. Heft. 16te Abh. S. 138—144.

behauptet, daß nur Schenkungen über 500 Solidos diese Form erfordern; allein diese Meinung ist offenbar irrig, denn

a) steht ihr der bekannte Grundsatz entgegen: „Lege non distinguente, non distinguat Jctus.“ Nun hat aber Justinian in der vorliegenden Constitu-

tion durchaus nicht zwischen Schenkungen in Hinsicht auf Betrag unterschieden, und somit sind auch wir keineswegs berechtigt, hier zu unterscheiden;

b) hat Justinian ausdrücklich verordnet, daß Schenkungen von Todeswegen überall, also auch dann nicht, wenn sie den Betrag von 500 Solidis übersteigen, einer gerichtlichen Erkenntniß bedürfen, und es ist also ein durchaus unglücklicher Gedanke, die Schenkungen von Todes wegen denen unter Lebenden, in Beziehung auf gerichtliches Erkenntniß, gleichzustellen; und

c) ist die Verordnung

L. 34. C. de donat. (8, 54.)

welche das gerichtliche Erkenntniß bey Schenkungen unter Lebenden über 500 Solidos erfordert, schon vom Jahr 529, also älter als die vorliegende. Justinian mußte also wohl noch erinnerlich seyn, was er in Betreff des gerichtlichen Erkenntnisses bey Schenkungen unter Lebenden verordnet hatte, auch war es ihm, wie man aus der vorliegenden Verordnung ersieht, wohl erinnerlich; aber er verordnete auch, daß dieß bey Schenkungen von Todes wegen, welche als Rechtsgeschäfte von Todes wegen anzusehen seyen, nicht anwendbar seye, indem diese einer ganz besonderen Form, nehmlich der Beiziehung von fünf Zeugen, sonst aber überall keiner weiteren bedürften. Und somit hätten wir also durchaus keinen Grund, von der bisherigen gemeinen und wahrhaft auch theoretisch-richtigen Meinung abzugehen.

§. 13. Nun scheint es freilich, als ob Justinian überall und durchaus die Schenkungen von Todes wegen den Vermächtnissen gleichgesetzt habe, und daß gar kein Unterschied mehr zwischen der Schenkung von Todes wegen und den Vermächtnissen statt finde;

und es haben dieß auch mehrere Rechtsgelehrte, — in Folge dieses Satzes aber auch behauptet, daß es namentlich auch nimmer der Annahme (acceptatio) von Seiten des Schenknehmers bedürfe. Die Litteratur hierüber findet man bey

Schirach, in seinen Betrachtungen über die Schenkung von Todes wegen, §. 5. (im juridischen Archiv, 2r. Bd. S. 304—306.)

während wieder andere Rechtsgelehrte behauptet haben (auch diese findet man bey Schirach a. a. O.), daß die Gleichstellung der Schenkungen von Todes wegen mit den Vermächtnissen nicht so durchgreifend seye, und Justinian es so gelassen habe, wie das Pandektenrecht die Sache dargestellt habe. Beziehen wir nun diese verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten auf unsere vorliegende Abhandlung, so behaupten die ersteren, daß die von mir §. 7. aufgezählten Unterscheidungen der Schenkungen von Todes wegen von Vermächtnissen ganz aufgehört haben; letztere aber behaupten, daß, was ich in den §§. 6. u. 7. aufgestellt habe, auch heut zu Tage noch gültig seye. Welche Meinung nun die richtige seye? haben wir zu untersuchen.

§. 14. Liest man nun die vorliegende Justinianeische Constitution, so geräth man wirklich in Versuchung, den Meinungen der ersteren beyzutreten, und den Satz, daß Justinian wirklich eine rein durchgreifende Gleichstellung der Vermächtnisse und Schenkungen von Todes wegen habe verordnen wollen, als den richtigen anzuerkennen; allein wenn man den

§. 1. J. de donat. (2, 27.)

liest, worin uns Justinian sagt: Cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis, an legati instar eam obtinere oporteret, et utriusque causae quaedam habeat insignia, et alii ad aliud

genus eam retrahebant; à nobis constitutum est, ut per omnia *fere* legatis connumeretur, et sic procedat, quemadmodum nostra constitutio eam formavit — so sieht man schon, daß er eine durchgreifende Gleichstellung nicht vornehmen wollte, und daß die Worte jener Constitution weiter sind, als Justinians Absicht gieng; denn hier beschränkt er sie wieder durch den Ausdruck *fere* beynahe, also nicht ganz.

Merkwürdig ist hier noch besonders die Stelle des Theophilus in seiner Paraphrase, welche nach der Reitzischen Uebersetzung

Ed. Reitz. Tom. I. p. 298.

also lautet: Sed prodiit nostri Imperatoris constitutio, hanc controversiam dirimens ac sanciens, ut ea legatis *fere* per omnia exaequetur. *Fere autem dixi, quoniam à vivente fit in viventem.* Wie großen Werth legt also hier Theophilus auf das *fere*, und als Grund, warum eine nicht gänzliche Gleichstellung erfolgt seye, führt er den an, weil die Schenkung von Todes wegen von einem andern Rechtsgeschäft von Todes wegen immer noch dadurch abweiche, weil sie, wenn auch gleich von Todes wegen, vom Lebenden zum Lebenden geschehe — ein Grund, der, wie wir gleich sehen werden, auch noch in einer andern Beziehung sehr merkwürdig ist.

§. 15. Denn hieraus ersehen wir, daß auch noch Justinian — wenn gleich dieser (§. 1.) auch dem bloßen Schenkungs-Vertrag eine klagbare Verbindlichkeit beylegte, darin, daß die mortis causa donatio, wenn sie wirklich Schenkung von Todes wegen im rechtlichen Sinne seyn sollte, eine Uebergabe der geschenkten Sache von dem Schenknehmer an den Schenkgeber voraussetze — es beym Alten ließ, und daß also, wenn der

Schenkgeber den Schenknehmer bloß in seinem Testament bedacht hätte, dieß nicht Schenkung von Todes wegen im rechtlichen Sinne des Worts, sondern, wie es auch die älteren Römischen Rechtsgelehrten schon ansahen (§. 9.), ein bloßes Partikular-Fideicommiß, oder Vermächtniß war, und daß er eine gedoppelte Natur dieser Schenkung von Todes wegen, nehmlich

a) als ein Rechtsgeschäft von Todes wegen, und
b) als eines unter Lebenden (§§. 6. u. 7.)

anerkannte. Aus jenen §§. 6. u. 7. wird nun auch ganz klar seyn, was Justinian mit seinem fere meynte.

§. 16. Nach dieser berichteten Ansicht der Schenkung von Todes wegen aber erlöschen nun offenbar alle früheren Controversen der Rechtsgelehrten. — Sie, diese Schenkung, d. h. nehmlich, wenn der Schenkgeber dem Schenknehmer schon zu seinen Lebzeiten die geschenkte Sache übergeben hat, hat nun das Meiste mit einer letztwilligen Verfügung (§. 6.), einiges (§. 7.) aber auch mit einem Vertrag gemein. Auch die berühmte Streitfrage: ob die Schenkung von Todes wegen einer Annahme bedürfe? erledigt sich hiedurch von selbst. Allerdings bedarf es nehmlich einer Annahme; denn wenn der Schenknehmer die geschenkte Sache nicht angenommen hat, so ist ja keine Schenkung vorhanden. Man muß nur nie die Schenkung von Todes wegen im rechtlichen Sinne des Worts, welche durch die Uebergabe der geschenkten Sache von dem Schenkgeber an den Schenknehmer immer noch ihren Rechtsbestand erhält, damit verwechseln, wenn der Erblasser Jemand in seinem letzten Willen mit etwas bedenkt, und dieß Schenkung von Todes wegen nennt, denn dieß ist ein wahres Vermächtniß.

§. 17. Und somit hätten wir nun auch gefunden, daß das Römische Recht sich auch hier wieder durchaus folgerecht blieb, und daß, wenn man diese ganze Lehre in ihrem vollen Umfang erwogen hätte, die Streitigkeiten der Rechtsgelehrten niemals entstanden wären. Das Römische Recht blieb sich darin folgerecht, daß es die Schenkung von Todes wegen weder ganz zu den Rechtsgeschäften unter Lebenden, noch zu denen von Todes wegen zählte. Nach dieser Ausführung können wir nun auch die Behauptung

Schirachs, a. a. O. §§. 9—11. S. 312—317.

daß die Schenkung von Todes wegen ein wahrer Erb-Vertrag sey, in ihrer nackten Blöße erkennen; denn dieß widerspricht offenbar der Lehre des Römischen Rechts, welche in ihr weder einen Vertrag, noch eine bloße Freygebigkeit von Todes wegen, sondern ein bloßes Mittelding zwischen beiden findet, durchaus, und mit diesem falschen Satz fallen also auch alle Folgerungen, welche Schirach hierauf gebaut hat, von selbst zusammen.

Anhang,

welcher einen merkwürdigen Rechtsfall enthält.

Schon war dieser Aufsatz längst vollendet, als mir ein durchaus nicht unwichtiger Rechtsfall von einem meiner Bekannten mitgetheilt wurde. Der Fall ist folgender:

Ein minderjähriger Soldat verkaufte unmittelbar vor seinem Abmarsch in den Russischen Feldzug, unter Beystand seines Vormunds, seine Güterstücke an einen andern Bürger, und dem Kaufvertrag wurde die

Bedingung einverleibt, daß wenn er, der Verkäufer, nimmer aus dem Felde zurückkommen sollte, der Kaufschilling dem Käufer geschenkt seyn solle. Der erste Fall trat ein, der Verkäufer blieb im Russischen Feldzug. Nun machten aber die gesetzlichen Erben des Verkäufers an den Kaufschilling Anspruch, und behaupteten, die Schenkung seye formell nichtig. Daß dieß nun eine Schenkung von Todes wegen seye, darüber waren die Partheyen und die Richter beider Instanzen einig. Allein der Rechtsfreund der Kläger scheint in der ersten und zweiten Instanz der Meinung gewesen zu seyn, als ob eine Schenkung von Todes wegen nur vor fünf Zeugen eingegangen werden könne, während die Richter beider Instanzen den Satz aufstellten, daß eine Schenkung von Todes wegen auch vor Gericht errichtet werden könne. Dieser Satz ist nun auch offenbar ein klarer Satz; denn es ist noch nie bezweifelt worden, daß, da die Gesetze die Errichtung eines Testaments vor Gericht erlauben, auch ein minder feyerlicher letzter Wille vor Gericht errichtet werden könne; und es tritt hier der Grundsatz: „à majori ad minus valet conclusio" mit allen seinen Folgen ein. Nun behauptete aber der Richter erster und zweiter Instanz, daß die Schenkung von Todes wegen schon dadurch als gerichtlich errichtet anzusehen seye, weil der Kaufvertrag zur gerichtlichen Erkenntniß vorgelegt worden sey. Allein dieser Satz ist, wie ich sogleich erweisen werde, falsch. Es ist nehmlich zwar ganz richtig, daß das neueste Römische Recht die Schenkungen von Todes wegen noch nicht ganz zu den Rechtsgeschäften von Todes wegen gezählt hat; allein es ist eben so richtig, daß dasselbe die Eigenschaft eines Rechtsgeschäfts von Todes wegen als eine hervorstechende

Eigenschaft (qualitatem praevalentem) derselben anerkannt. Nun ist es aber ein bekannter Rechtsgrundsatz, daß die hervorstechende Eigenschaft im Zweifelsfall entscheidet; daher schreibt auch das Justinianeische Recht für Schenkungen von Todes wegen, wenn sie außergerichtlich errichtet werden, die Codicillsform vor. Werden sie nun gerichtlich errichtet, so müssen sie auch ganz nach der Form eines gerichtlichen Codicills errichtet werden. Somit enthält also auch jener Kaufvertrag zunächst zwey ganz von einander verschiedene Urkunden, nehmlich

a) einen Kaufvertrag, und

b) ein Codicill.

Das Codicill aber bedurfte, wollte es außergerichtlich errichtet, — der außergerichtlichen, — wollte es gerichtlich errichtet werden, der gerichtlichen Form. Wo nun überall in einem Staate die Gesetze für Errichtung eines gerichtlichen Codicills andere Formen, als für die gerichtliche Erkennung über Verträge statt finden, so genügt es an der letztern nicht, sondern es mußte auch die erstere beobachtet werden. Da nun aber unser

Land=Recht, Thl. 2. Tit. 13. Commentar 1r. Bd. S. 241—256.

eine andere Form für die Erkenntniß über Verträge, eine andere

Land=Recht, Thl. 3. Tit. 3. §§. 2. u. 3. Commentar 2r. Bd. S. 21—23.

für die gerichtliche Errichtung von letzten Willen vorgeschrieben hat, so war auch die letzte Schenkung wirklich formell nichtig, und der Richter erster und zweiter Instanz, welcher sie für formell gültig erkannte, hat gegen klare Gesetze (jus in thesi) gesprochen.

XXVI. Aufsatz.

Ueber die Gegenstände (Objekte) des Besitzes.

(In einem Rechtsfall.)

In einem letzten Willen setzte der Erblasser einem seiner Bedienten ein jährliches lebenslängliches Vermächtniß aus; der Erbe war minderjährig, und während der Minderjährigkeit bezahlte der Vormund jährlich regelmäßig jenes Vermächtniß aus. Nach erreichter Volljährigkeit übernahm der Erbe die Verwaltung seines Vermögens selbst, und verweigerte die Entrichtung jenes Vermächtnisses. Dieß veranlaßte den Vermächtnißnehmer, mit der actio spolii gegen den Erben aufzutreten, und zu behaupten, daß er im Besitz des Rechts, jene jährlichen Leistungen zu fordern, seye, und zu bitten, daß er in jenem Besitz geschützt werde. Das betreffende Gericht fand sich auch bewogen, diesem Gesuch zu entsprechen, den Vermächtnißnehmer in den Besitz einzusetzen, und dem Beklagten die Klage auf Recht vorzubehalten. Bey Entscheidung dieses Streits kommt nun vor allen Dingen die Frage zur Sprache: ob persönliche Verbindlichkeiten auch Gegenstand des Besitzes seyn können? Fragt man die gewöhnlichen Lehrbücher hierüber, was denn eigentlich Gegenstand des Besitzes seye? so erhält man hierauf keine befriedigende Antwort. Nur

> Spangenberg, in dem Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besitz, Baireuth 1794. §§. 101—104. S. 153—157.

berührt diese Frage; doch ich will hier seine eigenen Worte anführen:

§. 102. „Gegenstände der Quasi-Possession sind „erstlich dingliche Sachenrechte, z. B. Eigenthum, „vorzüglich aber Servituten ꝛc."

§. 103. 2) „Befugnisse aus dem Personen-Rechte „sind in ihrer Ausübung ebenfalls Gegenstände der „Possession. Man kann daher annehmen, daß man „sich im Besitz nicht nur der natürlichen Freiheit" (L. 10. L. 12. §. 3. L. 41. pr. D. de liberali causa), „sondern auch jedes andern rechtlich erworbe„nen oder errichteten Zustandes, z. B. der Dienstherr„schaft" (L. 14. C. de agric. et cens.), „der Ael„terschaft, der Kindschaft, des Bürgers oder des ehe„lichen Zustandes befinde." (Schmidt, praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen u. Einreden ꝛc. §§. 283. 317. 375. 385.)

§. 104. „An persönlichen Sachenrechten, welche „sich lediglich auf Erfüllung individueller Verbindlich„keiten und Leistungen gewisser Personen beziehen, läßt „sich der Natur der Sache nach keine eigentliche Quasi„Possession denken;" — und die Anmerkung zu diesen Paragraphen lautet, wie folgt: „Das jus crediti, „oder vielmehr das Recht, Interessen zu ziehen, wenn „es gleich nur auf einem Contrakte beruht, scheint als „ein wegen oftmaliger und wiederholter Zinsforderung „und Abtragung beständig fortdauerndes, und immer „von neuem auszuübendes Recht, und weil es beson„ders noch der adquisitiven Verjährung unterworfen ist, „eine Ausnahme von den übrigen persönlichen Sachen„rechten zu machen, und einer Quasi-Possession aller„dings fähig zu seyn. Man stelle sich den Fall vor, „daß der Gläubiger sein angebliches Darleiherecht, seine „Zinsforderung nicht beurkunden, aber doch so viel be„scheinigen kann, daß er seit mehreren Jahren vom

„vermeinten Schuldner oder dessen Erblasser Capital-„Zinnsen oder Interessen unverweigert erhalten habe. „Eben sowohl man die fernere Leistung der seit langer „Zeit genossenen Frohnen, Erbzinnsen, oder anderer „Abentrichtungen, possessorisch ausführen kann, so ließe „sich, möchte es vielleicht scheinen, ein Gleiches bey „jenen bloß persönlichen Nutzungen (usuris) analogisch „anwenden. Die unverweigerte Entrichtung derselben „seit Jahren, als Capital-Zinnsen, bewirkt allerdings „eine starke Vermuthung zum Vortheile des Empfän-„gers und Gläubigers, kraft deren letzterer, nach der „Meinung einiger Rechtslehrer, bey plötzlicher Verwei-„gerung, oder sogar bey erhobener Condictio indebiti „des Gegentheils, die fernere Abentrichtung der In-„teressen bis zum rechtlichen Austrag der Sache einst-„weilen zu fordern berechtigt ist.“ (Arg. L. 6. pr. et §. 1. D. de usur. et fruct. et causa. L. 20. pr. C. de agric. et cens. Ant. Faber L. 7. conj. 8. et 9. Carpzov, def. 5. nro. 7. Hellfeld, jurisprud. forens. §. 1132.) „Nur kommt es darauf an, ob „man in diesem Falle eben ein Besitzungsrecht anneh-„men könne? (Die Meinung, daß oft wiederholte „Zinnsleistung des Schuldners auf Seiten des Em-„pfängers eine wirkliche Quasi-Possession des Juris „percipiendi usuras mit rechtlichen Folgen wirke, „behaupten in der That Mevius, Part. II. dec. 298. „not. 1. Lancelottus, Tract. de attent. Part. II. „cap. 18. nro. 146. Laymannus, Comment. ad „Daret. Lib. I. tit. 6. cap. 24. nro. 6. und mehrere „tit. 14. cap. 14. nro. 6. daselbst angeführte Rechts-„gelehrte. Die Widerlegung dieser Meinung, und ins-„besondere, daß plötzliche Verweigerung lange Zeit ge-„leisteter Interessen keineswegs als Spolium behandelt

„werden könne, und possessorischen Rechtsmitteln Platz „gebe, hat gründlich ausgeführt: Gebh. Christ. „Kuetemeyer, Diss. inaug. praes. J. C. Heim„burg, de Spolio usurarum aliisque et praeser„tim spuriis diut. usur. solut. effectibus, Jenae „1747. §. 36. etc. Man vergl. auch Casp. Zieg„ler, in Comment. ad canon. redint. cap. 6. §. 2.) „Die Gesetze selbst sagen nirgends ausdrücklich, daß „hiebey ein Quasibesitz statt fände, oder possessorische „Rechtsmittel anwendbar wären. Auch beruht das „jus percipiendi usuras keineswegs auf dem Besitz „einer körperlichen stätigen Sache oder eines Grund„stücks, wie z. B. Erbzinnsen und ähnliche unmittel„bare Leistungen gewisser Personen, sondern bloß auf „persönlichem Verhältniß, auf positiver Verbindlichkeit „des Andern."

Ganz der Spangenbergischen Ansicht folgt

Glück, in der ausführlichen Erläuterung der Pandekten, §. 182. 2r. Thl. S. 593. u. 494.

Nur zum Theil ist mit diesen Ansichten einverstanden

Schweppe, Römisches Privatrecht, §. 223. 2te Ausg. S. 137.

wenn er behauptet: „der analoge Besitz beschränkt sich „aber auf die Gerechtigkeiten der Sachen; den Forde„rungen und den Familienrechten ist er fremd" — welche Ansicht

Savigny, das Recht des Besitzes, 4te Auflage, S. 479—481.

mit ihm theilt. — Den Satz übrigens, daß bloße persönliche Verbindlichkeiten kein Gegenstand des Besitzes, selbst nicht des Quasi-Besitzes, seyn können, behauptet auch

Unterholzner, die Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz, Breslau 1815. S. 60. u. 61.

„Bey den Obligationen ist nach dem Römischen Recht „die Usucapion gänzlich ausgeschlossen, weil es an dem „erforderlichen Besitz fehlt. Dieses gilt sogar von denjenigen Obligationen, welche auf den Genuß einer „Sache gerichtet sind, weil der Besitz, welcher zufolge „solcher Obligationen statt findet, nicht als etwas Ju„ristisches, sondern bloß als eine Besitz-Ausübung in „fremdem Namen angesehen wird. Der juristische „Besitz fordert allemal, daß man sich an einer Sache „ein Recht gegen jeden Dritten (dingliches Recht) bey„lege."

Belege für die angeführten Meinungen findet man nicht, und es ist daher zu untersuchen, ob dieselben auch den Gesetzen gemäß seyen. Darin, daß Forderungsrechte kein Gegenstand des Besitzes seyen, sind Alle einverstanden, und es ist daher dieser Satz vorerst zu prüfen. Der Rechtsgelehrte Paulus stellt

L. 3. pr. D. de adquir. vel amitt. poss. (40, 2.)

die Regel auf: Possideri autem possunt, quae sunt *corporalia*. Wenn wir nun diese Regel mit dem

tit. J. de rebus incorporalibus (2, 2.)

vergleichen, so erhalten wir den Satz: daß Rechte überhaupt als unkörperliche Dinge kein Gegenstand des Besitzes seyn können. Allein eben diese Regel ist es, an deren Richtigkeit wir zu zweifeln alle Ursache haben; denn so lesen wir in der

L. 2. D. comm. praed. (8, 4.)

die Worte: *„qui hoc jus possedit;"* in der

L. 2. §. 3. D. de prec. (43, 16.)

finden wir die Ausdrücke: *„possessionem vel corporis vel juris;"* und die

L. 10. C. de acquir. et ret. poss. (7, 32.)

stellt sogar den Satz auf: *Nemo ambigit posses-*

sionis duplicem esse rationem: aliam quae jure consistit, aliam quae corpore, — welche Stelle, wie

Cuper, Observ. selectae de natura possessionis. Ed. nov. cura Thibaut, Jenae 1801. P. 1. cap. 4. und nach ihm Savigny a. a. O. S. 144.

ganz richtig bemerken, den Sinn hat: daß sowohl Rechte als körperliche Dinge ein Gegenstand des Besitzes seyn können. Diesen Stellen scheinen freilich wieder andere zu widersprechen; denn so behauptet die

L. 32. §. 1. D. de serv. praed. urban. (8, 2.)

„*Natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint;*“ — ferner die

L. 1. §. 8. D. quod legat. (43, 3.)

„*Neque ususfructus neque usus possidetur;*“ und endlich die

L. 10. §. 27. D. de usurp. etc. (41, 3.)

„*Nec possideri intelligitur jus incorporale*“, welche Stellen offenbar der vorigen zu widersprechen, und die obige Regel zu bestätigen scheinen. Allein, da wir sämmtlich diese Stellen in den Römischen Rechtsbüchern finden, so müssen wir, ehe wir geradezu einen Widerspruch unter denselben annehmen, vorerst sie zu vereinigen suchen. Ein solcher Vereinigungs-Versuch kann uns auch nicht mißlingen. Wir sehen nehmlich aus den zuletzt angeführten Stellen, daß das Römische Recht dem sachgemäßen Satz des Paulus: daß nur körperliche Dinge ein Gegenstand des Besitzes seyn können, getreu blieb; allein es kannte außer dem wirklichen (physischen) Besitz noch etwas, was, auf unkörperliche Dinge angewandt, dem Besitz bey körperlichen Dingen gleich kam; diesen nannte es nun einen Gleichsam-Besitz (quasi possessio). Diesen Ausdruck finden wir schon in den

Instit. Gaji. §. 139. Ed. Goeschen, p. 318.

in der Stelle: *cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur*, aus welcher Stelle das Ende des

§. 1. J. de interdictis (4, 15.)

welche sich der ganz gleichen Ausdrücke bedient, genommen zu seyn scheint. So spricht die

L. 23. §. 2. D. ex quibus causis maj. (4, 6.)

und die

L. 3. §. 17. D. de vi et vi armata (43, 16.)

von einer „*ususfructus quasi possessio*“ — und die

L. 10. pr. D. si serv. vind. (8, 5.)

von einer „*quasi possessione juris aquae ducendae*“ — und die o. a.

L. 32. §. 1. D. de serv. praed. urb. (10, 2.)

fährt in der o. a. Stelle fort: *sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet.* Aus diesen Stellen sehen wir nehmlich, daß die Römischen Rechtsgelehrten ein dem Besitz bey körperlichen Dingen ähnliches Verhältniß auch bey dinglichen Rechten annahmen, und wir haben also jetzt eine Regel und eine Ausnahme; eine Regel: Besitz findet nur bey körperlichen Dingen statt; — eine Ausnahme: etwas dem Besitze ganz Aehnliches findet auch bey dinglichen Rechten statt. Allein eben deßwegen dürfen wir gemäß den Auslegungs-Gesetzen nicht weiter die Ausnahme ausdehnen, als die Gesetze selbst eine solche statt finden ließen. Bey bloßen Forderungs-Rechten aber haben die Gesetze niemals etwas dem Besitze Aehnliches statt finden lassen, und somit sind wir auch nicht berechtigt, bey ihnen von der Regel abzugehen, und der Satz: daß Forderungs-Rechte kein Gegenstand des Besitzes

seyen, wäre somit erwiesen. Allein, wenn Spangenberg in der oben angeführten Stelle auch bey Familien-Rechten einen Gleichsam-Besitz statt finden lassen will, so haben wir ihm bloß zu bemerken, daß weder er, noch sein Gewährsmann Schmidt, diesen Satz erwiesen haben; die von Ersterem angeführte

L. 14. C. de agric. et cens. (11, 47.)

bietet wenigstens keinen Beweis hiefür dar, und Glück hat bloß auf Spangenbergs Autorität gebaut. Diese Meinung ist also auch aus dem oben angegebenen Grunde unrichtig, und wir müssen es mit Schweppe und Savigny bey diesen beyden Regeln bewenden lassen.

XXVII. Aufsatz.

Auch ein Wort — aber mein erstes und letztes — über die servitus luminum.

Mehr — als die servitus luminum — hat wohl keine Lehre die Rechtsgelehrten beschäftigt, mehr als sie keine die Köpfe angestrengt, mehr als sie keine Streitigkeiten erregt — und dennoch sind die Akten in dieser Sache noch nicht geschlossen. Möge man meine Worte wenigstens als Beitrag zum Aktenschluß ansehen. Ueber die frühere Litteratur verliere ich kein Wort; denn

Glück, in der Erläuterung der Pandekten, §. 670. 10r. Thl. S. 93. ff.

noch mehr aber

Griesinger, de servitute luminum et ne luminibus officiatur. Reutling. 1819.

haben hier kaum noch etwas zu wünschen übrig gelassen. Später, als die Griesinger'sche Schrift, ist freilich ein Aufsatz des

Dr. Goldschmid's in Frankfurt: Ueber jura und servitutes luminum der Römer (im juridischen Archiv, 5r. Thl. S. 422.).

den ich hier noch nachträglich zu bemerken habe. Wie wenig aber dieser zur Aufklärung der Sache beiträgt, davon wird sich wohl Jeder überzeugen, der die Uebersetzung Goldschmid's der Hauptstelle über diese Lehre,

a. a. O. S. 427.

liest. Sie lautet, wie folgt: „*Luminum servi-*„*tute constituta*, welche *Servitus luminum* be„stellt worden, *id adquisitum videtur*, scheint das „erlangt, *ut vicinus lumina nostra excipiat*, „daß der Nachbar unsere Licht-Oeffnungen (Hellung) „dulde; *cum autem servitus imponitur*, *ne lu-*„*minibus officiatur*, wenn aber die Servitut auf„erlegt worden, *ne luminibus officiatur*, *hoc* „*maxime adepti videmur* scheinen mir mehr noch „das (?!) erlangt zu haben, *ne jus sit vicino*, „*invitis nobis*, *altius aedificare atque ita mi-*„*nuere*, *lumina nostrorum aedificiorum*, daß „dem Nachbarn nicht das Recht zustehe, ohne unsere „Zustimmung höher zu bauen, und so die Hellung „unserer Gebäude zu schmälern.“ Noten zu diesem Text halte ich für überflüßig; aber die Bemerkung kann ich nicht unterdrücken, daß ich mit dieser Stelle, worin Hr. Goldschmid ganz ausdrücklich eine *servitus luminum* anerkennt, die weitere Stelle

S. 428.

„Von einer bey den Römern eigens so benannt gewe-

„senen *servitus luminum* findet sich so wenig eine „Spur, daß sich für eine solche kaum das wesentlichste „Erforderniß, eine passende Bestellungsformel nehm„lich, ersinnen ließe" — unmöglich zusammenreimen kann. Doch mit Hrn. Goldschmid habe ich mich auch nicht befassen, und ihn nicht widerlegen wollen, denn er ist durch die Griesinger'sche Schrift bereits hinreichend widerlegt, und somit als rein besiegter Gegner anzusehen. Aber zu wünschen wäre und von Hrn. Goldschmid sogar zu erwarten gewesen, daß er, ehe er als Schriftsteller in dieser ohnehin verwickelten Materie aufgetreten, die Griesinger'sche Schrift gelesen hätte; denn dann hätte er offenbar seine Meinung, als eine bereits widerlegte und mit triftigen Gründen widerlegte, aufgeben müssen. Ich werde es daher auch — und muß es, da Hr. Goldschmid, ehe sein Aufsatz erschienen, bereits widerlegt war — bey der bloß historischen Anzeige desselben bewenden lassen. Nur die Griesinger'sche neue Ansicht ist der Gegenstand meiner Untersuchung, und bloß diese will ich und habe ich zu prüfen. Daß es eine *servitus luminum*, und eine *servitus ne luminibus officiatur* gebe, und daß beide zwey verschiedenartige Dienstbarkeiten seyen, davon war wenigstens, wie man bey Glück und Griesinger die Belege findet, von jeher die Mehrheit der Rechtsgelehrten überzeugt. Nur worin die specifische Verschiedenheit beider liege, dieß war bisher der gordische Knoten. Daß sie zweierley seyen, daß sie von einander verschieden seyen, dieß ersehen wir aus der oben abgedruckten

L. 4. D. de serv. praed. urb. (Nur bitte ich jetzt meine Leser, die Goldschmid'sche Uebersetzung aus dem Auge zu verlieren.)

Nun erklärt

Griesinger l. c. p. 71.
diese Stelle so:

„Luminum servitute constituta (*à nobis,* „*scilicet à domino serviente domino dominan-* „*ti, serviens enim dominanti, non dominans* „*servienti constituit servitutem*) id (*à nobis,* „*scilicet à domino serviente*) acquisitum vide- „tur (*scilicet domino dominanti*), ut vicinus „(*hic dominus dominans*) lumina nostra (*id* „*est, domini servientis*) excipiat, (*hoc est* „*excipere possit*)“ — und

p. 76. u. 77.
spricht er dann eigentlich seine Ansicht, nehmlich, was er unter servitus luminum verstehe, und worin sie von der servitus, ne luminibus officiatur verschieden seye, in folgendem Satz aus:

„Et ita, secundum quae hactenus exposui, „vera et geneiena Pauli in cit. L. 4. sententia „haec est. *Luminum servitute constituta id* „*domino dominanti adquisitum tantummodo* „*videtur, ut generaliter et indefinite lumen ex* „*area domini servientis, ad illustrandas suas* „*aedes, excipere h. e. recipere, vel immittere* „*aut transmittere possit. Non itaque is, cui* „*luminum servitus debetur, prohibere servien-* „*tem potest, quo minus in area sua aedificet,* „*sed id tantummodo ab eo exigere potest, ne* „*aedificando, aut aliud quid faciendo, in* „*totum suas aedes obscuret* (*L.* 30. *D. de usu-* „*fruct.*) *sive penitus suis aedibus lumen tol-* „*lat, aut recludat*, (*L.* 10. *in fine D. de ser-* „*vit. urbanis*); *ideoque is, qui hanc servitu-* „*tem debet, illius, cui ea debetur, aedes in* „*totum obscurare sive totum lumen penitus*

„ipsis tollere aut recludere quidem nequit; „attamen utique minuere lumina earum pot- „est, si modo tantum luminis ipsis relinquat, „quantum sufficit habitantibus in usus diurni „moderatione (L. 10. D. de serv. urb. L. 30. „D. de usufr. Cum autem sic pergit Paulus „in L. 4. D. cit. servitus imponitur, ne lumi- „nibus officiatur, hoc amplius adepti vide- „mur, ut ne minuere quidem vel minimum lu- „mina nostra possit vicinus serviens, uti in „servitute luminum utique potest; et quoniam „altius aedificando maxime minuuntur lumina „aliarum aedium, ideo servitute, ne lumini- „bus officiatur, id maxime adepti videmur, „ne quo alio quocunque modo opere servientis „lumina nostrarum aedium imminuantur." — Diesen specifischen Unterschied zwischen der servitus luminum und ne luminibus officiatur hat er schon in einer früheren Stelle

p. 42.

in einem kürzern und folgenden Satz gegeben: *„Mea „itaque sententia haec est: differre servitutem „luminum et ne luminibus officiatur nonnisi „hoc, quod altera plus, altera minus conti- „neat; cum scilicet, qui luminum servitutem „alteri debet, posse aedificare, altius tollere, „et quidvis facere, modo lumen necessariam „vicino relinquat: qui autem servitutem, ne „luminibus officiatur debet, nihil plane, quo „vel minimum lumen dominantis minuatur, „facere posse, licet alias lumina huic abun- „dent."* — Und

p. 43.

gibt er nun von beiden folgende Erklärungen: *„Se-*

„cundum hoc luminum servitutem definio jus „in re aliena, quo dominum hujus prohibere „possum, quo minus in suo quid faciat, quo „lumen nostrarum aedium tollatur h. e. peni- „tus recludatur (L. 10. in fine D. de serv. urb.) „servitutem vero ne luminibus officiatur, jus „in re aliena, quo dominum hujus prohibere „possum, quo minus in suo quid faciat, quo „lumen mearum aedium minuatur vel mini- „mum. In his itaque duabus vocibus: tollere „et minuere lumina, omnis consistit inter ser- „vitutem luminum et ne luminibus officiatur „differentia: et hisce duabus vocibus totum „utriusque servitutis arcanum absolvitur.“

Griesingers Ansicht ist also offenbar folgende: Die Dienstbarkeit des Lichts bestehe darin, daß dem herrschenden Gut das Tageslicht zwar vermindert, aber nie ganz entzogen, sondern ihm immer wenigstens das nothwendige belassen werden müsse; — die, daß dem Tageslicht nicht geschadet werde, aber darin, daß dasselbe nicht nur nicht entzogen, sondern auf keinerley Weise benommen werden dürfe. Ob nun diese Ansicht richtig seye, dieß ist der Gegenstand unserer Untersuchung. Griesinger weicht, was er selbst eingesteht, und worin er

p. 71.

den Schlüssel zu dem Räthsel gefunden haben will — von allen bisherigen Auslegern darin ab, daß er das Wort „vicinus“ in der obigen Gesetzstelle, welches bis jetzt immer auf den dominum praedii servientis bezogen wurde, auf den dominum praedii dominantis bezieht. — Allein eben diese Erklärung ist — man lese nur oben die L. 4. D. mit sei-

nen Zusätzen — sehr gezwungen. Einmal bedarf der Ausdruck „luminum servitute constituta“ nach dem Geiste der lateinischen Sprache den Beysatz „à nobis“ nicht, sondern er ist ohne allen Beysatz verständlich, und heißt offenbar, in den Geist der deutschen Sprache übergetragen, so viel: „Wenn die Lichtdienstbarkeit besteht – oder erworben wurde.“ Allein eben jener Beysatz ist nicht nur dem Geiste der lateinischen, sondern dem Geiste jeder Sprache zuwider. Es wollte nehmlich in der vorliegenden Stelle Paulus eine Erklärung beider Dienstbarkeiten, somit aber auch ihren specifischen Unterschied angeben; er hat es also offenbar hier mit objectiven Gegensätzen, d. h. mit den Gegensätzen der Sache, welche er erklären und eben hiedurch einander entgegensetzen will, zu thun, somit durfte er also in den Subjecten keine Gegensätze annehmen, sondern er mußte die Subjecte überall gleich, die Objecte einander entgegensetzen. Man denke sich nur den Fall: A. will dem B. den Unterschied zwischen dem 24- und dem 20 fl.-Fuß begreiflich machen, und sagt zu ihm: Wenn ich dir Geld im 24 fl. Fuß schuldig bin, so mußt du das 24 kr. Stück um 24 kr. annehmen; wenn ich dir aber Geld im 20 fl. Fuß schuldig bin, so darfst du es nur um 20 kr. annehmen. — Hier ist offenbar ein reiner Gegensatz. Wenn er aber sagte: wenn ich dir Geld im 24 fl. Fuß schuldig bin, so berechne ich dir das 24 kr. Stück um 24 kr.; wenn du mir aber Geld im 20 fl. Fuß schuldig bist, so nehme ich das 24 kr. Stück um 20 kr., so wird dieß Jedermann dem Geist der Sprache unangemessen finden; denn hier liegt der Gegensatz offenbar nur in den Objekten, nehmlich in dem 20 fl. und 24 fl. Fuß, nicht in den Subjekten A. und B. Eben deßwegen muß

man aber auch, will man nicht gegen den Geist jeder Sprache anstoßen, die Subjekte einander gleich, und bloß die Objekte einander entgegensetzen; d. h. man muß immer von dem nehmlichen Subjekt, von dem man bey dem Satze ausgegangen, auch bey dem Gegensatz ausgehen. Nun ist aber, was auch Griesinger zugibt, Paulus in dem zweiten oder Gegen-Satz der L. 4. in den Worten „hoc maxime adepti" von dem dominus praedii dominantis ausgegangen; folglich müssen wir, da wir nach den bekannten Regeln der Auslegung keinen Verstoß gegen die Sprache insolange annehmen dürfen, so lange wir noch ohne einen solchen Verstoß einen richtigen Sinn erhalten, annehmen, daß Paulus auch in dem Vordersatz von dem dominus praedii dominantis ausgegangen, und daß hier ein ganz richtiger Sinn herauskommt, wird sich in der Folge zeigen. Eben so gezwungen und dem Geiste der lateinischen Sprache ist fremd, wenn Griesinger die Worte id acquisitum videtur, mit „à nobis", nehmlich im Sinne des „von uns" übersetzt; denn einmal ist hier der nehmliche Fehler wie oben, zweitens kommt der Satz: hoc à me adquisitum est, niemals in der Bedeutung: Es hat Jemand etwas von mir erworben, oder: es ist von Jemand etwas von mir erworben worden, — sondern immer in derjenigen vor: Es ist etwas von mir erworben worden, oder: ich habe etwas erworben. Der dritte Verstoß endlich liegt darin, daß Griesinger den Ausdruck: lumina nostra, wieder auf den dominum praedii servientis bezieht; denn nicht sein Licht gibt bey der Lichtdienstbarkeit der Herr des dienenden dem des herrschenden Guts, sondern er läßt ihm nur sein eigenes Licht (suum lumen). —

Das Licht nehmlich, welches mein Zimmer erhellt, nenne ich mein Licht, und wenn ich mit meinem Nachbar den Vertrag eingehe, daß er mir das Licht zu belassen habe, so verstehe ich darunter nur mein Licht, nicht aber, daß er mir sein Licht zu geben habe. — Daß aber unter dem Wort „*excipere*“ „recipere“, auffassen, auffangen zu verstehen sey, dieß gebe ich Griesinger

l. c. p. 54. u. 55.

und seinem Gewährsmann Facciolati recht gerne zu, und benenne hier als einen weiteren und bekannteren Gewährsmann noch den

Barn. Brissonius, de Verb signif. Ed. Heineccii, p. 415. et 416.

Nach allen Regeln der Auslegung müssen wir es daher auch bey dem Satz der früheren Ausleger bewenden lassen, daß das Wort vicinus auf den dominum praedii servientis, der Beysatz nostra bey luminum aber auf den dominus praedii dominantis zu beziehen seye, und somit will ich mir nun auch eine Uebersetzung des ersten Theils der L. 4. D. erlauben.

„Servitute luminum constituta (Wenn uns „die Lichtdienstbarkeit bestellt ist) id adqui„situm videtur, (so haben wir das Recht er„worben,) ut vicinus lumina nostra accipiat „(daß der Nachbar das Tageslicht, welches „unsere Gebäude erleuchtet, nicht auffan„gen, oder erst dann auffangen darf, wenn „es unser Licht war.“) In dem lumina nostra liegt das Räthsel, sonst nirgends. — Das allgemeine Licht nenne ich nur dann mein Licht, wenn es mir leuchtet; wird es früher aufgefangen, ehe es mir leuchtet, so kann ich es nicht mein Licht nennen.) Allein nun wäre auch die weitere Stelle unserer L. 4. zu

übersetzen. „Cum autem servitus imponitur, ne „luminibus officiatur“ (Ist aber die Dienstbarkeit, daß nichts zum Nachtheil unseres Tageslichts geschehen dürfe, bestellt,) „hoc maxime adepti videmur“, (so haben wir höchstens [auch vorzüglich, zunächst] das Recht erworben), „ne jus sit vi-„cino altius aedificare, atque ita minuere lumi-„na nostrorum aedificiorum,“ (daß der Nachbar durchaus kein Bauwesen unternehmen darf, welches uns das Tageslicht vermindert.) Nach meiner Ueberzeugung liegt nehmlich in der servitus luminum mehr, als in der ne luminibus officiatur; das Umgekehrte behauptet Griesinger; hören wir nun seine Gründe vorerst. Aus der

L. 30. D. de usufructu (7, 1.)

und der

L. 10. D. de servit. praed. urb. (8, 2.)

— wobey ich voraussetzen muß, daß letztere, eine Stelle des Marcellus, die Quelle ist, welche Paulus in der ersteren benützt und wörtlich abgeschrieben hat — will nehmlich Griesinger beweisen, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks bey der Lichtdienstbarkeit dem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks das Tageslicht wohl zum Theil entziehen dürfe, und ihm nur, so viel er zum alltäglichen Gebrauch nothwendig hat, belassen dürfe. Diese Stellen lauten nun, wie folgt — (ich führe die Marcellische, als die Quelle, an): Gaurus Marcello: „*Binas aedes habeo,* „*alteras tibi lego: haeres aedes alteras altius* „*tollit, et luminibus tuis officit; quid cum* „*illo agere potest? et an interesse putes suas* „*aedes altius tollat an haereditarias?*“ Nun folgt die Antwort: „*Ita officere luminibus et* „*obscurare legatas aedes conceditur, ut non*

„*penitus lumen recludatur, sed tantum relin-*
„*quatur, quantum sufficit habitantibus in usus*
„*diurni moderationem.*“ Allein was diese Gesetzstelle für den vorliegenden Fall beweisen solle? sehe ich nicht ein. Hier ist weder von der servitus luminum, noch von der ne luminibus officiatur die Rede, sondern vielmehr einzig und allein von dem Verhältniß des Eigenthümers zum Nutznießer. Wäre hier von einer der besagten Dienstbarkeiten die Rede, so hätte Gaurus nicht den Marcellus fragen können: quid cum illo agere potest? denn dann wäre die natürliche Klage gegeben gewesen; — allein eben weil keine Dienstbarkeit bestellt, somit auch keine Klage gegeben war, fragte Gaurus den Marcellus: was denn hier, wo eigentlich keine Klage gegeben, zu beginnen seye? und hierauf antwortet nun Marcellus: schon in dem Verhältniß des Eigenthümers zum Nutznießer liegt, daß der erstere dem letzteren nicht alles Tageslicht benehmen, sondern ihm wenigstens das nothdürftige Licht belassen müsse. Wenn nun aber, wie erwiesen, diese Gesetzstelle nur das Verhältniß des Eigenthümers zum Nutznießer berührt, und von einer ausschließlich aus jenem Verhältniß entspringenden besondern Dienstbarkeit spricht, so kann sie auch auf die servitus luminum unmöglich bezogen werden. Allein Griesinger bezog sie auch nur hieher, weil sie einer andern Hypothese von ihm zusagte, und als Stützpunkt derselben dienen konnte. Er behauptet nehmlich, in der servitus ne luminibus officiatur liege mehr, als in der servitus luminum; diese Behauptung aber beruht auf einer Hypothese. Er übersetzt nehmlich die Worte: „*hoc maxime* adepti sumus“ durch „*hoc amplius*“ ꝛc. (merkwürdig, daß auch Hr. Goldschmid

diese Worte durch „mehr noch das" übersetzt); allein auch diese Uebersetzung ist rein willkührlich, und ich glaube erweisen zu können, daß vielmehr meine Meinung: daß in der servitus luminum mehr, als in der ne luminibus officiatur liege, eben durch jenen Ausdruck „*maxime*" als die richtige sich ergeben wird. — Daß maxime soviel als magis oder amplius bedeute, ist mir neu und unbekannt. Kein Lexicograph, weder ein allgemeiner noch besonderer, hat je das Wort maxime in dieser Beziehung genommen. Ich berufe mich dießfalls zunächst auf Scheller, bey welchem man nicht eine leise Andeutung, daß das Wort maxime mit magis oder amplius gleichbedeutend gebraucht worden, finden wird. Aber daß dieses „maxime" häufig in der Bedeutung von „vorzüglich" — „zunächst", auch „höchstens" gebraucht werde, dieß wird man bey Scheller finden. Daß aber auch in der Sprache der Römischen Rechtsgelehrten dieses Wort niemals im Sinne des magis oder amplius, aber häufig als gleichbedeutend mit den von uns oben angegebenen Ausdrücken vorkomme, darüber berufe ich mich zunächst auf

Barn. Brisson. de V. S. Ed. Heinecc. p. 808.

und somit hätte ich also erwiesen, daß Griesingers Uebersetzung unrichtig, die meinige aber richtig ist. Nun wäre es also auch an mir, eine Erklärung von der servitus luminum und von der ne luminibus officiatur zu geben. Unter der servitus luminum verstehe ich nun diejenige Dienstbarkeit, wenn der Eigenthümer des dienenden Guts durchaus nichts thun darf, wodurch das Tageslicht des herrschenden Gebäudes vermindert wird; — unter der servitus ne luminibus officiatur aber diejenige Dienstbarkeit, wenn der Eigenthümer des dienenden Guts durchaus nichts unter-

nehmen darf, wodurch das Tageslicht des herrschenden Gebäudes mehr, als vorher, beschränkt wird. Für mich liegt also, um nun auch den specifischen Unterschied beider anzugeben, in der ersteren mehr als in der letzteren. Der eigentliche specifische Unterschied beyder aber besteht darin, daß die erstere nur da statt finden kann, wo noch gar nichts das Tageslicht des herrschenden Hauses Beschränkendes vorliegt; die letztere aber auch da, wo schon das Zuströmen des Lichts gegen das herrschende Haus mehr oder weniger beschränkt ist. — In Hinsicht auf die Verbindlichkeiten des Eigenthümers des dienenden Grundstücks aber gleichen beide einander darin, daß Keiner etwas, was das Tageslicht im mindesten mindert, unternehmen darf. Doch versuchen muß ich nun auch, ob nicht meine Meinung an denjenigen Klippen, an welchen die früheren Ausleger gestrandet haben, stranden wird. Diese erste Klippe ist die berühmte Stelle aus

Gaji Institut. L. 2. tit. 1. §. 3.

„Praediorum urbanorum jura sunt stillicidia, „fenestrae, cloacae, altius erigendae domus; „aut non erigendae, et luminum, ut ita quis „fabricet, ut vicinae domui lumen non tollat.“

Schulting, Jurispr. Antejust. Ed. Lips. p. 75 — 77.

(Jammerschade, daß gerade diese Stelle in dem neuaufgefundenen Gajus

Ed. Goeschen, p. 78.

nicht gelesen werden konnte.) Daß nun diese Stelle den früheren Auslegern nicht zugesagt hat und nicht zusagen konnte, dieß finde ich sehr begreiflich, und daß daher auch die meisten sich Freiheiten erlaubten, die man höchstens dem Dichter, niemals aber dem Rechtsgelehrten verzeiht, dieß kann man bey Griesinger

p. 78. u. 79.

angezeigt finden. Griesinger aber ist es, der diese Stelle, so wie sie vorliegt, annimmt, und sie so erklärt: „et luminum, ut ita quis fabricet, ut vicinae „domui lumen non tollat“ — und so findet er in den Schlußworten des Gajus gerade wieder die Bestätigung seiner Meinung, welche er schon in der L. 30. D. de usufr. und L. 10. D. de serv. praed. urban. gefunden zu haben glaubte, daß nehmlich der Eigenthümer des dienenden Grundstücks bey der servitus luminum dem des herrschenden das Tageslicht nur nicht ganz entziehen dürfe, somit auch in dieser weniger, als in der ne luminibus officiatur begriffen seye. Allein daß auch diese Stelle nicht für Griesingers, sondern vielmehr für meine Meinung spricht, werde ich sogleich erweisen. Es ist nehmlich, was schon

Feuerbach, in seinen civilistischen Versuchen, S. 39—41.

bemerkt hat, und was schon vor ihm Oleander bey Schulting bemerkte, wunderbar, daß Gajus bey seiner Aufzählung der Dienstbarkeiten der Gebäude die servitus luminum berührt, die ne luminibus officiatur aber vergessen haben sollte, und beide haben deßwegen zwischen das Wort luminum und die Schlußworte ein „et“ hineingesetzt. Aber es bedarf dieses willkührlichen Zusatzes nicht, um zu zeigen, daß Gajus wirklich die letztere Dienstbarkeit nicht vergessen hat. Man lese nehmlich nur die Stelle genau, so wird man finden, daß Gajus bey der Aufzählung der verschiedenen Dienstbarkeiten sich nie des Verbindungsworts „et“ bedient hat; er sagt nehmlich:

„*jura fenestrae*, *cloacae*“ *etc.*

Nur zwischen *non erigendae* und *luminum* steht ein et, und dann kommt wieder der Nachsatz *ut ita* bis zum Ende. Folglich gehören auch die Worte *et*

luminum zu denen „*aut non erigendae*", und nicht zu dem Nachsatz „ut ita" ꝛc., welcher vereinzelt steht, und womit Gajus die Dienstbarkeit ne luminibus officiatur bezeichnen wollte. Folglich spricht also diese Stelle ganz für meine Meinung; denn bey der servitus luminum darf offenbar der Eigenthümer des dienenden Grundstücks *non erigere*, d. h. gar nicht bauen, während er bey der ne luminibus officiatur nur nicht weiter bauen darf. Doch daß die Worte des Gajus, so wie ich sie erklärt, genommen werden, und daß Gajus unter dem Satze „ut ita" die servitus ne luminibus officiatur verstanden habe, kann ich auch aus einer Stelle des neu aufgefundenen Gajus

Ed. Goeschen, p. 82.

erweisen, wo Gajus sagt:

„jus vel altius tollendi aedes, aut non tol-
„lendi (nehmlich non altius), ne luminibus
„vicini officiatur,"

welche meine Erklärung jener obigen Stelle hinreichend rechtfertigt. Und nun wäre es nur noch eine andere Stelle, welche wir gleichfalls zu erklären hätten, nehmlich die bekannte des Cicero,

De oratore, Lib. I. cap. 39.

welche also lautet! „*Quo quidem in genere familiaris noster, M. Bucculejus, homo neque* „*meo judicio stultus, et suo valde sapiens,* „*et a juris studio non abhorrens, simili in re* „*quodammodo nuper erravit. Nam cum ae-* „*des L. Fusio venderet, in mancipio lumina,* „*uti tum essent, ita recepit. Fusius autem,* „*simul atque aedificari coeptum est, in qua-* „*dam parte urbis, quae modo ex illis aedibus* „*conspici posset, egit statim cum Bucculejo,* „*quod, cuicunque particulae coeli officeretur,*

„*quamvis esset procul, mutari lumina puta-* „*bat.*“ Aber auch diese Stelle, welche für die früheren Ausleger eine wahre Qual war, läßt sich ganz einfach, und sogar ohne daß es der Annahme Griesingers

l. c. p. 131.

bedarf; daß dem von Bucculejus an Fusius verkauften Hause vorher die Dienstbarkeit ne luminibus officiatur zugestanden seye, erklären. Cicero behauptet nehmlich bloß: Bucculejus habe eben nichts Gescheudes gemacht, daß er beym Verkauf seines Hauses an den Fusius demselben die „*lumina, uti tunc erant*“ gewährt habe; denn dadurch habe er sich — sobald nur immer, auch im entferntesten Theile der Stadt, gebaut werde, dieses Bauwesen aber das Tageslicht des Hauses mindere — Klage wegen Entwährung zugezogen. Auch diese Stelle spricht also nicht von einer der beiden Dienstbarkeiten, sondern bloß von dem Verhältniß des Verkäufers Bucculejus zu dem Verkäufer Fusius, welchem er eine in dieser Ausdehnung höchst einfältige Gewähr geleistet hatte. Und somit — glaube ich nun meine Meinung erwiesen zu haben.

Nur beyläufig aber will ich hier noch zum Schluß bemerken, daß die servitus prospectus und ne prospectus officiatur nicht, wie Griesinger behauptet, eine und eben dieselbe Dienstbarkeit, sondern zwey verschiedene sind, welche sich gegen einander gerade so verhalten, wie sich der servitus luminum zu der ne luminibus officiatur verhält.

XXVIII. Aufsatz.

Erklärung der L. 44. D. de donat. inter virum et uxorem (24, 1.).

Die L. 44. D. de donat. inter virum et uxorem lautet, wie folgt:

„Si extraneus rem viri, ignorans ejus esse, „ignoranti uxori, ac ne viro quidem sciente „eam suam esse, donaverit, mulier recte eam „usucapiet. Idemque juris est, si is, qui in „potestate viri erat, credens se patrem fami„lias esse, uxori patris donaverit. Sed si „vir rescierit suam rem esse priusquam usu„capiatur, vindicareque eam poterit, nec vo„let, et hoc et mulier noverit, interrumpetur „possessio: quia transiit in causam ab eo „factae donationis ipsius mulieris scientia; „proprius est, ut nullum adquisitioni dominii „ejus adferat impedimentum; non enim om„nimodo uxores ex bonis virorum, sed ex cau„sa donationis ab ipsis factae adquirere pro„hibitae sunt.“

Diese Gesetzstelle nun, als deren letzter Ausleger Savigny

(in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, 1r. Bd. S. 270—280.)

aufgetreten ist, worauf ich mich nun auch in Hinsicht auf die Litteratur berufe — hatte das Schicksal aller streitigen Stellen. Jeder Ausleger suchte sie zu seinem Vortheil zu erklären, und daher erlaubte sich jeder bald an den Worten, bald an den Interpunctationen wenigstens Aenderungen. Allein daß diese Stelle ei-

nen ganz guten Sinn gebe, ohne daß die gewöhnliche Lesart weder in Hinsicht auf Worte, noch auf Interpunctationen die geringste Veränderung erleide, werde ich sogleich erweisen. Daß der Anfang unserer Stelle durchaus keine Schwierigkeiten darbiete, und daß diese erst mit den Worten „*Sed si vir*" rc. beginnen, geben alle früheren Rechtsgelehrten zu. Hier stellt nun Neratius, der Verfasser unserer Stelle, die Frage auf: „Wenn ein Dritter der Gattin eine in dem Eigenthum des Gatten befindliche Sache geschenkt hat, und beide Gatten erfahren nachher, daß die Sache Eigenthum des Gatten war, kann die Gattin demunerachtet nachher diese Sache durch Verjährung erwerben (usucapiren)?" Hierauf antwortet er nun zuerst: *interrumpetur possessio* — also nein, die Verjährung wird unterbrochen, und als Grund hiefür führt er an: *quia transiit in causam ab eo factae donationis ipsius mulieris scientia*, weil dadurch, daß die Gattin dieß erfahren, die Schenkung des Dritten sich in eine Schenkung unter Ehegatten verwandelt. Auf einmal aber ändert er seine Meinung, indem er sagt: *proprius est, ut nullum adquisitioni dominii ejus adferat impedimentum.* — Dieses „*proprius est*" heißt nehmlich hier soviel als *magis est*, wofür man die Belege bey

Barn. Brissonius, de V. S. p. 1135. (welcher gerade auch die vorliegende Stelle anführt)

findet, und ins Deutsche übersetzt: Es ist richtiger, daß die Verjährung nicht unterbrochen werde; und nun führt er für diese richtigere Meinung folgenden Grund an: „*non enim omnimodo uxores ex bonis virorum, sed ex causa donationis*

ab ipsis factae adquirere prohibitae sunt;“ denn es ist den Gattinnen nicht jeder Erwerb aus dem Vermögen ihrer Gatten, sondern bloß der Erwerb auf den Grund der Schenkung untersagt. Neratius tadelt sich hier also selbst, daß er früher den Erwerb durch Verjährung der Schenkung unter Gatten gleichgestellt habe, und sagt nun: allerdings kann sie durch Verjährung erwerben; denn nicht der Erwerb durch Verjährung unter Gatten, sondern bloß der Erwerb durch Schenkung ist unter ihnen untersagt. — Da nun aber somit diese Stelle, ganz unverändert, einen ganz richtigen Sinn gibt, so bedarf es daher auch keiner Veränderungen, und wir wollen sie auch unverändert lassen.

XXIX. Aufsatz.

Von der Paulianischen und den mit derselben verwandten Klagen.

§. 1.

Ursprung der Paulianischen Klage.

Wir finden in dem tit. Dig. „quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur“ [1]) zwey Stellen, deren erstere [2]) also lautet: „Ait Praetor, quae fraudationis causa gesta erunt, cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum, vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo: idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo.“ Die zweite [3]) aber lautet, wie folgt: „Ait Praetor:

Quae Lucius Titius fraudandi causa, sciente te in bonis, quibus de (ea re) agitur, fecit: ea illis, si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex Edicto meo competere, esseve oportet, etsi non plusquam annus est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est: restituas. Interdum causa cognita, etsi scientia non sit, in factum actionem permittam;" — und in den Institutionen [4]) finden wir folgende Stelle: „Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus a creditoribus possessis ex sententia praesidis: permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione eam rem petere, id est, dicere eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse."

1) 42, 8.
2) L. 1. pr. D. h. t.
3) L. 10 pr. D. h. t.
4) §. 6. de Act. (4, 6.)

§. 2.

Fortsetzung.

Zwey Klagen ertheilt also der Prätor; eine gegen denjenigen, der von dem zum Nachtheil seiner Gläubiger veräußernden Schuldner eine Sache erwarb, und um diesen Betrug wußte; und eine zweite gegen denjenigen, der um den Betrug nicht wußte. Die zweite Klage nennt der Prätor selbst actio in factum; der erstern aber legt weder er, noch die Römischen Rechtsgelehrten, aus deren Schriften unser Titel Auszüge enthält, einen Namen bey. Allein aus der L. 38. §. 4. D. de usuris etc. [1]) ersehen wir, daß diese Klage bey den Römischen Rechtsgelehrten unter dem Namen der actio Pauliana bekannt war, und Theo=

philus [2]), der griechische Uebersetzer der Institutionen, gibt ihr aus Gelegenheit der bereits angeführten Stelle derselben, den nehmlichen Namen. Woher aber diese Benennung rühre, darüber schweigt die Geschichte. Genug, wir wissen, daß diese Klage aus dem Edict des Prätors entstand, und vermuthlich hat sie ihren Namen von einem Prätor Paulus [3]).

1) 22, 1. „In Faviana quoque actione, et Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur, fructus (quoque) restituuntur: nam Praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset: quod non est iniquum: nam et verbum „restituas", quod in hac re Praetor dixit, plenam habet significationem, ut fructus quoque restituantur." — Uebrigens nennt Ulpian in der L. 10. §§. 2. et 18. und in der L. 14. D. h. t. auch diese Klage actio in factum.

2) Paraphrasis Institutionum, Edit. Wilhelm Otto Reitz. Haag. 1751. Tom. II. p. 794. „ἥτις λέγεται Παυλιάνη, ἐν ᾗ λέγουσι ταῦτα, ὡσανεὶ μὴ ἐτραδιτεύθη τόδε τὸ πρᾶγμα ὑπὸ τοῦ δεβίτωρος." Daß aber dieser Theophilus höchst wahrscheinlich derselbe war, der bey dem Justinianeischen Gesetzgebungs-Ausschuß mitarbeitete, hat sehr schön erwiesen Reitz l. c. Tom. II. p. 1033. Nur geschichtlich aber haben wir zu bemerken: daß Hugo Donellus, in Commentariis Juris Civilis, L. VI. Cap 5. Frick, liber singularis de revocandis tam rebus alienatis, quam nummis solutis imminente aut moto concursus judicio, Helmstad. 1777. §. 6. Haenlein, de actionis Paulianae natura requisitis et usu forensi disquisitio nova, Onoldi 1785. §. 6. Walch ad Hoppii Commentarium ad §. 6. Institut. de action. (welcher aber in der Introductio in controversias Juris civilis, Ed. sec. Jenae 1776. Sect. IV. Cap. I. §. 4. p. 444. seine Meinung geändert hat), und Voët, in Commentario ad Pandectas, L. 42. tit. 8. §. 12. Venetiis 1787. Tom. VI. p. 64. diesen §. 6. J. de action. nicht von der Paulianischen Klage verstanden wis-

sen wollen, welche Meinung aber alle übrigen älteren Rechtsgelehrten, namentlich außer den bey Dabelow in seiner ausführlichen Entwicklung der Lehre vom Concurs der Gläubiger, Halle 1801. 4. S. 392. Anm. m. angeführten noch Boehmer, Doctrina de actionibus, Halae Magdeb. 1734. Sect. II. Cap. II. §. 26. p. 153. Hildebrand, Introductio in juris principia secundum ordinem Institutionum, Altorff. 1717. L. IV. Tit. 6. Cap. 1. p. 671. Huber, Praelectiones Juris Civilis ad Instit. L. IV. Tit. 6. §. 9. Ed. IV. Francof. et Lips. 1794. Tom. I. p. 498. Lauterbach Colleg. theoret. pract. L. 42. Tit. 8. §. 2. Tom. III. p. 354. und Vinnius in Commentario Institutionum ad hunc paragraphum. nro. 1. Venetiis 1793. Tom. II. p. 256. und von den neuern Dabelow a. a. O. S. 405. Günther Princ. J. R. N. §. 1260. not. b. Tom. II. p. 1060. Hoffacker Princ. J. C. R. G. §. 4589. not. e. Tom. III. p. 1091. verworfen haben, und das mit vollem Recht; denn das Zeugniß des Theophilus ist wahrlich hinreichend, um uns hievon zu überzeugen.

3) Diese Muthmaßung theilen mit uns Dabelow a. a. O. S. 388. Lauterbach l. s. c. §. 4. p. 355. und Struv. Diss. de actione Pauliana. Jenae 1677. §. 1.

§. 3.

Begriff der Paulianischen Klage.

Die Paulianische Klage ist nun diejenige persönliche Klage, wodurch die Gläubiger sich gegen jede, vor der Vermögensentsetzung von dem Gemeinschuldner vorgenommene, für sie nach Absicht und Erfolg nachtheilige Verringerung seines Vermögens schützen, und das Veräußerte zurückfordern können.

§. 4.

Beweis der Richtigkeit desselben.

1) Die Paulianische Klage ist eine persönliche Klage.

Der Satz: daß die Paulianische Klage eine persönliche Klage sey, ist sehr bestritten; die Rechtsgelehrten

theilen sich nehmlich in drey Meinungen: einige [1]) halten sie für eine persönliche, andere [2]) für eine dingliche, und andere [3]) wieder behaupten, sie sey, wenn der Schuldner einem Andern seine Verbindlichkeit nachgelassen habe, persönlich, wenn er aber eine Sache von seinem Vermögen veräußert habe, welche durch sie zurückgefordert werde, dinglich. Diejenigen nun, die diese Klage als eine dingliche bezeichnen, geben als Grund hiefür an, daß Justinian sie im §. 6. J. de act. [4])

a) dadurch, daß er sie unter den dinglichen prätorischen Klagen aufgezählt, und

b) daß er sich des Ausdrucks „eam rem petere," wodurch bloß eine dingliche Klage bezeichnet werde, bedient, sie selbst als dinglich bezeichnet habe.

Diejenigen aber, die sie als eine persönliche bezeichnen, berufen sich bald auf die L. 9. [5]), L. 10. pr. D. h. t. [6]) und L. 5. C. h. t. [7]), bald behaupten sie, da die actio Pauliana offenbar eine actio in factum sey, so könne sie keine dingliche Klage seyn, da die actiones in factum alle persönliche Klagen seyen, und der Rechtsgelehrte Paulus [8]) sie selbst als eine reinpersönliche bezeichne; bald berufen sie sich darauf, daß die Paulianische Klage nichts als eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sey, und in Hinsicht auf Sub-, Object und den Klagegrund zu den persönlichen Arten derselben gerechnet werden müsse [9]), schon in dieser Hinsicht also zu den persönlichen gehöre. Diejenigen endlich, die sie bald als eine persönliche, bald als eine dingliche Klage bezeichnen, suchen beyde Meinungen und Gründe bestmöglich zu vereinigen. — Wir müssen nun gestehen, daß wir mit aller Ueberzeugung die Paulianische Klage bloß für eine persönliche halten können; denn wenn das Römische Recht [10]) eine dingliche Klage so bezeichnet: „In rem actio est, per

quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus: et semper adversus eum est, qui rem possidet," wenn wir diese Bezeichnung in den Institutionen [11]) wiederholt finden, und sie mit der L. 9. et 14. D. h. t. [12]) vergleichen, so bleibt in der That kein Zweifel mehr übrig, daß die Paulianische Klage eine bloß persönliche Klage, nehmlich eine actio ex quasi delicto, ex dolo, ist.

1) Claproth's Einleitung in sämmtliche summarische Processe. 3te Auflage. Göttingen 1793. §. 316. S. 491. Dabelow a. a. O. S. 407. u. 408. Danz Grundsätze der summarischen Processe. 3te Auflage. Stuttgart 1806. §. 153. III. S. 243. Glück de vita petendae restitutionis in integrum praetoriae. §. 4. (in Opusculis juridicis. Erlangae 1786. Fasc. II. p. 188.). Günther l. s. c. §. 1260. Tom. I. p. 1059. Haenlein l. s. c. §. 11. Huber l. s. c. p. 498. Malblanc Principia Juris Romani. §. 805. Tom. III. p. 1098. Thibaut System des Pandekten-Rechts. §. 1227. 4te Aufl. 3r. Bd. S. 141. und in seinen Versuchen. 2r. Bd. S. 45. u. 46. Vinnius l. s. c. p. 256. et 257. Voëtius l. s. c. p. 60. Wesembeccius Comment. in Pandectas. Col. Agripp. 1625. p. 1354.

2) Berger Oeconomia Juris. Ed. quinta. Lips. 1741. L. 2. Tit. II. §. 33. p. 292. et 293. Franzkius Exercitationes. Jenae 1663. Exercit. 13. Qu. 4. p. 818. Heineccius Elementa juris civilis secundum ordinem Pandectarum. L. 42. Tit. 8. §. 282. Part. V. p. 188. Hildebrand Introductio in juris principia secundum ordinem Institutionum. L. 4. Tit. 6. p. 71. Hoffacker l. c. §. 4589. p. 1068. Hoppius Commentarius succinctus in Institutiones. Francof. ad Viadrum 1728. L. IV. Tit. 6. p. 828. Lauterbach l. c. §. 3. p. 355. Perez Praelectiones in Codicem. Edit. nova. Amstelod. 1671. L. 7. Tit. 75. §. 2. p. 691. et 692. Rother Practica forensis actionum. Lips. 1727. Cap. 5. p. 84. Schoepffer Synopsis juris Romani privati. Francof. ad Viadrum. 1713. L. 42. Tit. 8. nro. 11.

p. 695. Schütz Compendium juris. Lemgo 1717. L. 42. Tit. 8. §. 1. p. 635.

3) Boehmer l. c. §. 26. et 29. p. 132. et 156. Cocceji Jus Cicile Controversum. Francof. 1729. L. 42. Tit. 8. qu. 1. p. 500. Gmelin (Christian), die Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger. Erlangen 1785. §. 14. S. 43. u. 44. Menken de actione Pauliana Diss. Lips. 1741. §. 4. (in Opusculis. Halae 1770. nro. 10. p. 290. seqq.). Nettelbladt Systema element. jurispr. posit. Germanorum comm. gen. §. 817. Oeltze Diss. de creditore sibi vigilante Diss. Jenae 1770. §. 11. Raabe de duplici actione Pauliana. Marburg. 1753. §. 3. Pomereschii tirocinium juris super IV. Institut. libros. Jenae 1677. L. IV. Tit. 6. §. 6. p. 653. Scheffer Diss. de praecursu creditorum. Tub. 1731. Cap. 4. §. 4. et 5. p. 35. Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 449. S. 247. u. 248. und seines Sohnes (Ernst Gottfried) Commentar zu demselben. 2r. Bd. §. 449. S. 234 — 236. Walch l. s. §. 4. p. 444. Eine eigene Meinung hat Stryck in usu moderno Pandectarum. L. 42. Tit. 8. §. 5. (in Operibus praestantioribus. Halae Magdeb. 1746. Vol. I. p. 1046.); er unterscheidet nehmlich, ob die Veräußerung bereits vor der Einsetzung der Gläubiger in das schuldnerische Vermögen (missio in bona), oder erst nach derselben geschehen sey, und bezeichnet im ersten Fall diese als eine persönliche, im letztern aber als eine dingliche Klage.

4) Richtig ist, daß Justinian sie unter die dinglichen prätorischen Klagen zählt; man vergleiche nur den §. 6. dieses Titels (4, 6.) mit den §§. 3. u. 8. desselben; richtig ist ferner: daß in dieser Stelle der Ausdruck „eam rem petere“ vorkommt; und richtig ist: daß der Ausdruck „petitio“ gewöhnlich eine dingliche Klage bezeichnet. L. 178. §. 2. de Verb. Signif. (50, 16.); allein demunerachtet können wir aus den angeführten Gründen diese Klage für keine dingliche halten.

5) 42, 8. „(Is), qui a debitore, cujus bona possessa sunt, sciens rem emit, iterum alii bona fide ementi vendidit, quaesitum est, an secundus emtor conve-

niri potest? Sed verior est Sabini sententia, bona fide emptorem non teneri: quia dolus ei duntaxat nocere debeat, qui eum admisit; quemadmodum diximus non teneri eum, si ab ipso debitore ignorans emerit; is autem, qui dolo malo emit, bona fide autem ementi vindidit, in solidum pretium rei, quod accepit, tenebitur."

6) abgedruckt §. 1. 5.

7) 7, 75. „Ignoti juris non est, adversus eum, qui sententia condemnatus, intra statutum tempus satis non fecit, nec defenditur, bonis possessis, itemque distractis: per actionem in factum contra emtorem, qui sciens fraudem comparavit, et eum, qui ex lucrativo titulo possidet, scientiae mentione detracta, creditoribus suis esse consultum."

8) Die L. 58. D. de usuris (22, 1.) beginnt er nehmlich mit den Worten: „Videamus, generali quando in actione, quae est in personam, etiam fructus veniant?" und in dem §. 2. 1ste Bemerk. abgedruckten §. 4. handelt er dann von der actione Pauliana.

9) Dabelow a. a. O. S. 406—408. Glück l. s. c. §. 4. p. 283—289. und zwar ist diese Behauptung richtig; man findet den Beweis in der L. 10. §. 22. D. h. t. „Praeterea generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum; sive res fuerunt, sive obligationes."

10) L. 24. pr. D. de oblig. et action. (44, 7.),

11) §. 1. de action. (4, 6.).

12) Die L. 9. ist in der 5ten Bemerkung abgedruckt, und die L. 14. lautet, wie folgt: „Ea propter competit haec actio et adversus eos, qui res non possident, ut restituant: et adversus eos, quibus actio competit, ut actione cedant. Proinde si interposuerit quis personam Titii, ut ei fraudator res tradat: actione mandati cedere debet. Ergo etsi fraudator pro filia sua dotem dedisset scienti fraudari creditores: filia tenetur, et cedat actione de dote adversus maritum."

all nicht begreifen, warum Dabelow a. a. O. S. 402. Anmerk. t. dieses widersprechend finden will.

6) §. 9. 1.

7) 42, 8. „Sciendum, Julianum scribere, eoque jure nos uti, ut qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc Edictum: sibi enim vigilavit. Qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum, exaequandumque caeteris creditoribus: neque enim debuit praeripere caeteris post bona possessa, cum jam par conditio omnium creditorum facta esset."

8) 42, 8. „Si debitorem meum et complurium creditorum consecutus essem fugientem, secum ferentem pecuniam, et abstulissem ei id, quod mihi debeatur: placet Juliani sententia dicentis, multum interesse, antequam in possessionem bonorum ejus creditores mittantur, hoc factum sit, an postea; si ante, cessare in factum actionem: si postea, huic locum fore."

9) Denn, daß das Wort „abstulit" in dieser Gesetzstelle keine rechtswidrige Handlung bezeichne, und mit dem Wort „extorserim" in der L. 24. D. h. t. durchaus nicht gleichbedeutend sey, hat sehr schön erwiesen Guilielmus Fornerius Selectionum L. III. Cap. XII. (in Ottonis Thes. J. R. Tom. II. p. 97).

10) §. 8.

11) Abgedruckt bey der 5ten Bemerkung zum §. 4.

12) Diese Worte haben selbst Dabelow a. a. O. S. 402. u. 403. und Gmelin a. a. O. §. 17. S. 51 — 56. irre gemacht, und zu der Unterscheidung zwischen solchen Sachen, in die die Gläubiger wirklich eingesetzt worden, und solchen, in die sie nicht wirklich eingesetzt wurden, z. B. die vom Schuldner verheimlichten, vermocht, und bey letzterem ließen sie ausnahmsweise die Paulianische Klage als das einzige Rechtsmittel zu; allein auch dieser Unterschied ist verwerflich, denn beyde haben offenbar den Rechtsbestand und den Thatbestand der Einsetzung mit einander verwechselt.

13) 42, 5. „Quamvis possessa non sint bona, quia forte nihil fuerit, quod possideatur, aut sine controversia non possideatur: creditor, qui in possessionem missus est, perinde habetur, ac si etiam possessa bona fuissent."

§. 6.

Fortsetzung.

Die Paulianische Klage ist 3) nur gegen eine nach Absicht und Erfolg betrügliche Vermögens-Verringerung des Gemeinschuldners gerichtet.

Wir behaupten: 3) daß die Paulianische Klage nur gegen eine nach Absicht und Erfolg betrügliche Vermögens-Verringerung des Schuldners schützen könne. Daß nun eine nach Absicht und Erfolg betrügliche Vermögens-Verringerung nothwendig sey, ersehen wir theils aus dem prätorischen Edict [1]), theils aus andern Gesetzstellen [2]); auch genügt nicht bloß, daß der Schuldner eine betrügerische Absicht gehabt hat, sondern derjenige, der durch diese Vermögens-Verminderung erwarb, muß auch um diese Absicht gewußt und sie also getheilt haben; dieß liegt wieder klar in dem prätorischen Edict [3]) und andern Gesetzstellen [4]). Zu erörtern ist also bloß noch: was unter Vermögens-Verminderung zu verstehen ist? Vermögen nennt man alles dasjenige, was Jemand besitzt; nun können uns aber Gesetze oder Menschen Gelegenheit geben, unsere Besitzungen oder unser Vermögen zu erweitern. Haben wir nun diese Gelegenheit ergriffen, und die uns dargebotene Erweiterung oder Vermehrung mit unserm Vermögen vereinigt, so gehört diese offenbar, von dem Augenblick der Vereinigung an, zu unserm Vermögen, so lange aber, als dieß nicht geschehen, ist sie nicht zu demselben zu rechnen. Z. B. es fällt Jemand eine Erbschaft an, so lange er diese Erbschaft nicht angetreten hat, gehört sie nicht zu seinem Vermögen; es wird

Jemand ein Vermächtniß oder eine Schenkung angetragen; so lange er sie noch nicht angenommen hat, gehört sie nicht zu seinem Vermögen. Hier fragt sich also? Ist bloß die Verringerung des wirklichen Vermögens, oder auch die Unterlassung der Erweiterung desselben, d. h. bloß die Veräußerung von etwas, was er besitzt, oder auch die Unterlassung der Erwerbung ein Gegenstand der Paulianischen Klage? Hierauf erwiedern nun die Gesetze: daß nur die Verminderung seines wirklichen Vermögens [5]), nicht die Unterlassung der Erwerbung [6]), ein Gegenstand derselben seyn könne.

1) Vgl. die §§. 1. 2. u. 3. abgedruckten Gesetzstellen.

2) L. 1. §. 1. D. h. t. (42, 8). „Necessario Praetor hoc Edictum proposuit: quo Edicto consuluit creditoribus revocando ea quaecunque in fraudem eorum alienata sunt.“ §. 2. „Ait ergo Praetor, quae fraudationis causa gesta erunt: haec verba generalia sunt, et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem, vel quemcunque contractum. Quodcunque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis revocari, qualecunque fuerit: nam late ista verba patent.“ L. 10. § 1. Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit, scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius vendiderunt. Caeterum si illos dimissit, quorum fraudandorum causa fecit, et alios sortitus est: si quidem simpliciter dimissis prioribus, quos fraudare voluit, alios postea sortitus est, cessat revocatio. Si autem horum pecunia, quos fraudare noluit, priores dimisit, quos fraudare voluit: Marcellus dicit, revocationi locum fore. Secundum hanc distinctionem, et ab Imperatore Severo et Antonino rescriptum est; eoque jure utimur.“ L. 15. „Si quis, cum haberet Titium creditorem, et sciret se solvendo non esse, libertates dederit testamento; deinde dimisso Titio, postea Sempronium creditorem habere caeperit, et

eodem testamento manente decesserit: libertates datae ratae esse debent, etsi haereditas solvendo non sit. Quia, libertates ut rescindantur, utrumque in eorundem personam exigimus, et consilium et eventum: et si quidem creditor, cujus fraudandi consilium initum erat, non fraudatur, adversus eum, qui fraudatur, consilium initum non est. Libertates itaque ratae sunt.“

3) Die §§. 1. 2. u. 3. abgedruckten Gesetzstellen.

4) L. 6. §. 8. D. h. t. (42, 8.). „Hoc Edictum eum coërcet, qui sciens eum in fraudem creditorum hoc facere, suscepit quod in fraudem creditorum fiebat: quare si quid in fraudem creditorem factum sit, si tamen is, qui cepit, ignoravit, cessare videntur verba Edict.“ L. 10. §. 2. „Quod ait Praetor „Sciente,“ sic accipimus, te conscio et fraudem participante: non enim, si simpliciter scio, illum creditores habere, hoc sufficit ad contendendum, teneri eum in factum actione: sed si particeps fraudis est.“

5) Vgl. die in der 2ten Bemerkung abgedruckte L. 1. §. 2. D. h. t. (42, 8.). L. 2. „Idem erit probandum. Et si pignora liberet, vel quem alium in fraudem creditorum praeponat.“ L. 3. „Vel ei praebuit exceptionem, sive se obligavit fraudandorum creditorum causa, sive numeravit pecuniam, vel quodcunque aliud fecit in fraudem creditorum, palam est Edictum locum habere.“ §. 1. „Gesta fraudationis causa accipere debemus, non solum ea quae contrahens gesserit aliquis, verum etiam si forte data opera ad judicium non adfuit, vel litem mori patiatur, vel a debitore non petit, ut tempore liberetur, aut usumfructum, vel servitutem amittit.“ §. 2. „Et qui aliquid fecit, ut desinat habere quod habet, ad hoc Edictum pertinet.“ L. 4. „In fraudem facere videri etiam eum, qui non facit quod debet facere, intelligendum est: id est, si non utatur servitutibus.“ L. 5. „Sed etsi rem suam pro derelicto habuerit, ut quis eam suam faciat.“

6) L. 6. pr. D. h. t. (42, 8.). „Quod autem, cum possit aliquid quaerere, non id agit, ut adquirat ad (hoc) Edictum non pertinet: pertinet (enim) Edictum ad diminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur.“ §. 1. „Unde si quis ideo conditioni non paret, ne committatur stipulatio, in ea conditione est, ne faciat huic Edicto locum.“ §. 2. „Proinde, et qui repudiavit hereditatem, vel legitimam, vel testamentariam, non est in ea causa, ut huic Edicto locum faciat: noluit enim adquirere, non suum (proprium) patrimonium deminuit.“ §. 3. „Simili modo dicendum est, etsi filium suum emancipavit, ut suo arbitrio adeat haereditatem, cessare hoc Edictum.“ §. 4. „Sed et illud probandum, si legatum repudiavit, cessare Edictum: quod Julianus quoque scribit.“ §. 5. „Si servum suum heredem institutum alienavit, ut jussu emptoris adeat, si quidem in venditione nulla fraus est, sed in haereditate sit, cessat Edictum, quia licuit ei etiam repudiare haereditatem. At si in ipsa servi alienatione fraus est, revocabitur: quemadmodum si eum in fraudem manumisisset.“ L. 19. „Patrem, qui non expectata morte sua, fideicommissum haereditatis maternae filio soluto potestate restituit, omissa ratione Falcidiae, plenam fidem ac debitam pietatem secutus exhibitionis, respondi, non creditores fraudasse.“ L. 20. „Debitorem, qui ex SCto Trebelliano totam haereditatem restituit, placet non videri in fraudem creditorum alienasse portionem, quam retinere potuisset, sed magis fideliter facere.“ Vgl. auch L. 134. pr. D. de R. J. (50, 17.).

§. 7.

Die actio in factum.

Allein wir finden doch auch Fälle [1]), in welchen solche, die an der Betrügerey des Gemeinschuldners keinen Antheil haben, mit einer Klage, welche bald und eigentlich actio in factum [2]), bald actio utilis [3]) genannt wird, belangt werden können.

1) L. 6. §. 13. D. h. t. (42, 8.) „Item si necessarius haeres legata praestiterit, deinde ejus bona venierint: Proculus ait, etiam si ignoraverint legatarii, tamen utilem actionem dandam: quod nequaquam dubium est.“ L. 17. „Omnes debitores qui in fraudem creditorum liberantur, per hanc actionem revocantur in pristinam obligationem.“ §. 1. „Lucius Titius, cum haberet creditores, libertis suis, iisdemque filiis naturalibus universas res suas tradidit. Respondit, quamvis non proponatur consilium fraudandi habuisse, tamen qui creditores habere se scit, et universa bona sua alienavit, intelligendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse: ideoque etsi filii ejus ignoraverunt, hanc mentem patris sui fuisse, hac actione tenentur.“ §. 2. „Si vir uxori, cum creditores suos fraudare vellet, soluto matrimonio praesentem dotem reddidisset, quam statuto tempore reddere debuit: hac actione mulier tantum praestabit. quanti creditorum intereat, dotem suo tempore reddi. Nam Praetor fraudem etiam in tempore fieri intelligit.“ L. 18. „(Et) si pignus vir uxori vel uxor viro remiserit: verior sententia est, nullam fieri donationem existimantium. Quod sine dubio, si in fraudem creditorum fiat, actione utili revocabitur. Idemque (est), etsi quivis debitorum in fraudem creditorum pignus omiserit.“

2) Die §§. 1. 3. abgedruckte Gesetzstelle.

3) Die in der 1sten Bemerkung abgedruckte L. 6. §. 13. und L. 18. D. h. t.

§. 8.

Worin unterscheiden sich die actio Pauliana und die actio in factum, oder actio Pauliana utilis.

Um uns nun genau von beyden zu unterrichten, müssen wir nothwendig untersuchen, worin sich beyde Klagen von einander unterscheiden, und worin sich beyde gleichen? Sie unterscheiden sich nun aber

1) darin, daß die Paulianische Klage nur gegen denjenigen, der um die Betrügerey des Schuldners

wußte, er mag nun unter beschwerendem oder nicht beschwerendem Rechtsgrund (titulo oneroso vel lucrativo) erworben haben [1]), die actio in factum oder actio Pauliana utilis aber nur gegen denjenigen gerichtet ist, der unter nicht beschwerendem Rechtsgrund erwarb, und um die Betrügerey des Schuldners nicht wußte [2]). Als Mitwisser und Theilnehmer an der Betrügerey des Schuldners wird aber nicht derjenige, der nur im Allgemeinen weiß, daß er Schulden hat, angesehen, sondern er muß nothwendig auch um die Absicht desselben, seine Gläubiger zu betrügen, wissen [3]). Wurde er daher von den Gläubigern vor Erwerbung der Sache gewarnt, so steht Klage gegen ihn zu [4]); nicht aber, wenn er mit Vorwissen und Einwilligung derselben die Sache erworben hat [5]). Es müssen aber auch die Gläubiger, zu deren Nachtheil die Veräußerung geschehen ist, nothwendig die nehmlichen seyn, die der Schuldner, und derjenige, der von ihm erworben hat, betrügen wollte; ist nur noch einer von diesen Gläubigern übrig, so steht diesem die Klage zu. Hat derjenige, der die Sache von dem Schuldner erwarb, nur davon, daß ein einziger Gläubiger betrogen werden sollte, gewußt — es wurden aber mehrere betrogen — so steht auch letzteren diese Klage, aber nur in dem Fall zu, wenn der erstere noch nicht befriedigt ist, und der Erwerber kann sich, durch das Anerbieten, diesen zu befriedigen, nicht der letzteren gegen ihn zustehenden Klagen entledigen [6]). Sie unterscheiden sich

2) darin, daß die actio Pauliana unbedingt auf Ersatz der veräußerten Sache [7]), er mag sie noch besitzen oder nicht, die actio in factum aber nur auf Ersatz des Gewinns, den der Erwerber bezog, oder dessen er sich in bösem Glauben entäußerte [8]), geht;

3) daß mittelst der actio Pauliana alle Früchte der Sache, die der in bösem Glauben befindliche Eigenthümer nicht nur bezogen, sondern auch diejenigen, die er hätte beziehen können, jedoch nach Abzug der nothwendigen, oder der mit Einwilligung des Gläubigers verwendeten Kosten, und selbst die Zinsen, in so fern sie anbedungen wurden, oder, in so fern sie ohne besondern Vertrag gefordert werden können; bey der actio in factum aber, im Fall die Sache selbst den Gewinn des Empfängers bildet, nur diejenigen Früchte, die zur Zeit der Veräußerung standen, und nach der Einlassung in den Rechtsstreit bezogen wurden, jedoch auch hier nach Abzug der nothwendigen oder mit Bewilligung der Gläubiger verwendeten Kosten, gefordert werden können [9]; und

4) daß sich die actio Pauliana innerhalb 4 Jahren [10]), die actio in factum aber erst innerhalb 30 Jahren [11]) verjährt.

1) Die §. 1. abgedruckten Gesetzstellen. L. 6. §. 9. D. h. t. (42, 8.). „Praeterea illud sciendum est, eum, qui consentientibus creditoribus aliquid a fraudatore vel emit, vel stipulatus est, vel quid aliud contraxit, non videri in fraudem creditorum fecisse: nemo enim videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt." L. 5. C. h. t. (7, 75.) abgedruckt in der 7ten Bemerkung zum §. 4.

2) Die §. 1. abgedruckte zweyte Gesetzstelle am Ende. L. 6. §. 11. D. h. t. (42, 8.). „Simili modo dicimus, etsi cui donatum est, non esse quaerendum, an sciente eo, cui donatum, gestum sit: sed hoc tantum, an fraudentur creditores? nec videtur injuria affici is, qui ignoravit: cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur. In hos tamen, qui ignorantes ab eo, qui solvendo non sit, liberalitatem acceperunt, hactenus actio erit danda, quatenus locupletiores facti sunt: ultra non." §. 12. „Simili modo quae-

ritur, si servus ab eo, qui solvendo non sit, ignorante domino, ipse sciens rem acceperit: an dominus teneretur? Et ait Labeo, hactenus eum teneri, ut restituat, quod ad se pervenit: aut duntaxat de peculio damnetur, vel si quid in rem ejus versum est. Eadem in filiofamilias probanda sunt. Sed si dominus scit, suo nomine convenietur," sodann die §. 7. abgedruckten Gesetzstellen, und die in der 7ten Bemerkung zum §. 4. abgedruckte L. 5. C. h. t. (7, 75.).

3) Die §. 6. 4te Bemerkung abgedruckte L. 10. §. 2. D. h. t. (42, 8.), und der §. 4. derselben: „Alias autem qui scit aliquem creditores habere, si cum eo contrahat simpliciter sine fraudis conscientia: non videtur hac actione teneri."

4) L. 10. §. 3. D. h. t. (42, 8.). „Si quis particeps quidem fraudis non fuit, verumtamen vendente debitore, testato conventus est a creditoribus, ne emeret: an in factum actione teneatur, si comparaverit? Et magis est, ut teneri debeat: non enim caret fraude, qui conventus testato perseverat."

5) Die in der 1sten Bemerkung abgedruckte L. 6. §. 9. D. h. t. (42, 8.).

6) Die §. 6. 2te Bemerkung abgedruckte L. 10. §. 1. und L. 15. D. h. t. L. 10. §. 6. „Praeterea sciendum est, posse quaeri, quod dicitur, in fraudem creditorum alienatum revocari posse: si iidem sint creditores. Etsi unus creditor sit ex illis, qui fraudati sunt (sive solus tunc fuit, sive, cum caeteris satisfactum est, hic solus remansit), probandum esse, adhuc actione fore locum." §. 7. „Illud certe sufficit, etsi unum scit creditorem fraudari, caeteros ignoravit: fore locum actioni." §. 8. „Quid ergo, si ei, quem quis scit, satisfactum est: nunquid deficiat actio: quia, qui supersunt, non sunt fraudati: Et hoc puto probandum. Non tamen, si dicat aliquis, offero, quod debetur ei, quem scio creditorem, audiendus erit, ut actionem eludat."

7) L. 10. §. 19. D. h. t. „Per hanc actionem (res) restitui debet cum sua scilicet causa" und die §. 4.

5te u. 12te Bemerkung abgedruckte L. 9. et L. 14. D. h. t. (42, 8.).

8) L. 6. §. 11. et 12. D. h. t. abgedruckt in der 2ten Bemerkung, und L. 10. §. 24. D. h. t. (42, 8.). „Haec actio post annum de eo, quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, competit: iniquum enim Praetor putavit, in lucro morari eum, qui lucrum sensit ex fraude: idcirco lucrum ei extorquendum putavit. Sive igitur ipse fraudator sit, ad quem pervenit, sive alius quivis: competit actio in id, quod ad eum pervenit, dolove malo ejus factum est, quo minus perveniret."

9) L. 10. §. 20. D. h. t. (42, 8.) „Et fructus, non tantum qui percepti sunt, verum etiam hi, qui percipi potuerunt a fraudatore, veniunt: sed cum aliquo modo, scilicet ut sumptus facti deducantur. Nam arbitrio judicis non prius cogendus est rem restituere, quam si impensas necessarias consequatur. Idemque erit probandum, et si quis alius sumptus ex voluntate fidejussorum creditorumque fecerit." §. 21. „Partum quoque in hanc actionem venire, puto verius esse." §. 22. „Praeterea generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum; sive res fuerunt, sive obligationes. Ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset. Propter quod etiam medii temporis commodum, quod quis consequeretur liberatione non facta, praestandum erit: dum usurae non praestentur, si in stipulatum deductae non fuerunt; aut si talis contractus fuit, in quo usurae deberi poterunt etiam non deductae" verglichen mit der L. 25. §. 4. D. h. t. „Non solum autem ipsam rem alienatam restitui oportet, sed et fructus, qui alienationis tempore terrae cohaerent: quia in bonis fraudatoris fuerunt. Item eos, qui post inchoatum judicium recepti sint. Medio autem tempore perceptos in restitutionem non venire." §. 6. „Fructus autem fundo cohaesisse non satis intelligere se, Labeo ait, utrum duntaxat, qui maturi, an etiam, qui immaturi fuerint, Praetor significet? caeterum etiam si de his

senserit, qui maturi fuerint, nihilo magis possessionem restitui oportere. Nam cum fundus alienaretur, quod ad eum fructusque ejus attineret, unam quandam rem fuisse, id est, fundum, cujus omnis generis alienationem fructus sequi.“ Diese beyden Gesetzstellen scheinen nun einander zu widersprechen, und über die Art, wie sie etwa zu vereinigen seyn möchten, sind die Rechtsgelehrten sehr verschiedener Meinung. Jacob. Constantinaeus subtilium Enodationum. L. 2. Cap. 27. (in Ottonis Thes. J.R. Tom. IV. p. 610.) will sie so vereinigen: Ulpian, der Verfasser der ersten Gesetzstelle, spreche nur davon, daß die commoda medii temporis, nicht auch, daß die fructus medii temporis ersetzt werden müssen, und stimme also mit dem Venulejus, dem Verfasser der zweyten Gesetzstelle, welcher nur die fructus medii temporis absprechе, überein, und ihm treten auch Gmelin a. a. O. §. 15. S. 44. Hopp. l. c. p. 831. Lauterbach l. c. §. 14. p. 360. Perez l. c. §. 15. p. 694. Wesembec l. c. nro. 11. p. 1356. bey. — Eine eigene Meinung hat Dabelow a. a. O. S. 440. u. 441., sodann 447. u. 448. Er unterscheidet nehmlich, in Hinsicht auf den Ersatz der Früchte, zwischen der actio Pauliana und der actio in factum, somit also auch zwischen gutem und bösem Glauben des Empfängers nicht, sondern behauptet: daß die erstere Gesetzstelle auf beyde anwendbar sey, indem der Verfasser der letzteren, der Rechtsgelehrte Venulejus, nur das Interdictum fraudatorium im Auge gehabt habe; dagegen aber behaupten Boehmer l. c. §. 27. n. b. p. 155. Claproth a. a. O. §. 316. S. 491. Danz a. a. O. §. 146. S. 228. u. 229. Günther l. c. §. 1260. p. 1059. Hoffacker l. c. §. 4593. p. 1075. Scheffer in Diss. cit. Cap. 4. §. 10. p. 39. Thibaut a. a. O. §. 1227. S. 141. u. Voët l. c. §. 11. p. 63. et 64. daß die erstere Gesetzstelle von der actio Pauliana, und dem Erwerber in bösem, die letztere aber von der actio in factum, und dem Erwerber in gutem Glauben handle; und wir treten ihnen mit aller Ueberzeugung bey, weil wir überzeugt sind:

1. daß unter den commodis medii temporis auch die fructus verstanden sind; und

2. daß der Rechtsgelehrte Venulejus, unerachtet diese Stelle ein Auszug aus seinem 6ten Buche über die Interdicte ist, hier, wo er doch ganz deutlich und ausdrücklich von einer actio spricht, nicht bloß das Interdictum fraudatorium im Auge gehabt habe, sondern vielmehr aus Gelegenheit desselben auf die actio in factum zu sprechen kam.

10) Nach den §§. 1. 2. u. 3. abgedruckten Gesetzstellen, nach der L. 6. §. 14. D. h. t. „Hujus actionis annum computamus utilem, quo experiundi potestas fuit, ex die factae venditionis.“ L. 10. §. 18. „Annus hujus in factum actionis computabitur ex die venditionis bonorum“ verjährt sich diese Klage innerhalb eines bürgerlichen (nicht natürlichen) Jahres, und auf den Grund dieser Gesetzstellen behaupten: Boehmer l. c. §. 31. p. 158. (der aber seine Meinung in der Introductio in jus Digestorum. L. 4. Tit. 1. §. 6. p. 156. geändert hat). Gmelin a. a. O. §. 15. S. 45. Haenlein l. c. §. 21. Heineccius l. c. §. 282. p. 188. Hoffacker l. c. §. 4594. p. 1077. Lauterbach l. c. §. 16. p. 361. Malblanc l. c. §. 805. p. 1100. Perez l. c. §. 3. p. 692. Scheffer in Diss. cit. Cap. 4. §. 13. p. 42. Stryck l. c. §. 4. p. 1046. Vinnius l. c. nro. 10. p. 258. Voët l. c. §. 13. p. 64. et 65. Wesembec l. c. nro. 12. p. 1356. daß sie sich noch gegenwärtig innerhalb eines Jahres verjähre; dagegen aber behaupten: Claproth a. a. O. §. 316. S. 442. Dabelow a. a. O. S. 445. u. 446. Glück l. c. §. 5. p. 296. Günther l. c. §. 1260. p. 1059. Hellfeld l. c. §. 1832. p. 716. Hopp l. c. p. 831. Schmidt im angeführten Commentar. §. 471. 2r Bd. S. 237. auf den Grund der L. 7. C. de temp. in integr. restit. (2, 53.). „Supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes, sancimus, et in antiqua Roma, et in hac alma urbe, et in Italia, et in aliis provinciis quadriennium continuum tantummodo numerari, ex die, ex quo annus utilis currebat, et id tempus totius loci esse commune:“ etc. daß sie sich, da sie bloß eine Art von Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sey, innerhalb 4 Jahren verjähre, und da wir den Vordersatz bereits (§. 4. 9te Bemerkung) als

richtig zugegeben haben, so geben wir nun auch den Nachsatz mit aller Ueberzeugung zu.

11) Die im §. 1. 3. abgedruckte Gesetzstelle, sodann die in der 8ten Bemerkung abgedruckte L. 10. §. 24. D. h. t., nach welcher diese Klage eine actio perpetua war, welche sich nun aber nach der L. 3. C. de praescript. 30 vel 40 annorum (7, 39.). „Sicut in rem speciales, ita de universitate, ac personales actiones ultra XXX annorum spatium minime protendantur: sed si qua res, vel jus aliquod postuletur, vel persona qualicunque actione, vel persecutione pulsetur; nihilominus erit agenti XXX annorum praescriptio metuenda etc. Hae autem actiones annis XXX continuis extinguantur, quae perpetuae videbantur, non illae, quae antiquis temporibus limitabantur“ etc. innerhalb 30 Jahren verjähren.

§. 9.

Worin sich die actio Pauliana und die actio in factum gleichen.

Diese beyden Klagen aber gleichen sich:

1) in Hinsicht auf den Anfang ihrer Verjährungszeit. Die verschiedene bereits (§. 8. 4.) bestimmte Verjährungszeit beyder fängt nehmlich von dem Augenblick, in welchem die Gläubiger den Thatumstand, daß sie durch die Vermögens-Verringerung des Schuldners benachtheiligt worden, in Erfahrung gebracht haben, zu laufen an [1]);

2) darin, daß keine derselben gegen den dritten Besitzer [2]) —

3) gegen die Erben und übrigen Nachfolger des Erwerbers aber nur in so weit, als sie durch die Erwerbung bereichert sind, geht;

4) beyde den Erben und übrigen Nachfolgern derjenigen, denen diese Klage zusteht [3]),

5) niemals aber denen des Schuldners, zukommen [4]); und

6) daß sie nur gegen wirkliche Vermögens-Verringerungen, niemals gegen bloße Unterlassung von Erwerbungen, gerichtet sind [5]).

1) Deutlich bestimmen die §§. 1. 2. u. 3. abgedruckten Stellen des prätorischen Edicts, daß diese beyden Klagen von dem Augenblicke an „ex quo experiundi potestas fuerit" laufen sollen, klar ist also auch: daß diese beyden Klagen erst von dem Augenblick an sich zu verjähren anfangen, in welchem den Gläubigern der Thatumstand, daß sie durch die Vermögens-Verringerung des Schuldners verletzt worden, kund geworden, weil sie ja offenbar früher nicht wissen konnten, ob ihnen Klagerecht zustehe. Dieß konnten nun aber nach dem Römischen Ganntverfahren die Gläubiger sogleich nach dem Verkauf des gemeinschuldnerischen Vermögens wissen, und deßwegen behauptet auch Ulpian in den §. 8. 10te Bemerkung abgedruckten L. 6. §. 14. und L. 10. §. 18. D. h. t., daß diese Klagen „ex die vinditionis bonorum" zu laufen anfangen. Diese Worte „ex die venditionis bonorum" haben nun Claproth a. a. O. §. 316. S. 492. Heineccius l. c. §. 282. p. 188. Hellfeld l. c. §. 1832. p. 176. Wesembec l. c. §. 12. p. 1356. mißverstanden, und dahin erklärt: daß diese Klagen von der betrügerischen Veräußerung des Gemeinschuldners an zu laufen anfangen. Unserer und der richtigern Meinung aber sind Boehmer l. c. §. 27. p. 154. Dabelow a. a. O. S. 446. u. 447. Danz a. a. O. §. 146. S. 229. Gmelin a. a. §. 14. S. 3. u. 4. Günther l. c. §. 1260. p. 1059. Haenlein l. c. §. 20. Hopp l. c. p. 831. Hoffacker l. c. §. 4590. p. 1073. Lauterbach l. c. §. 16. p. 361. Malblanc l. c. §. 805. p. 1100. Perez l. c. §. 3. p. 692. Scheffer Diss. cit. Cap. 4. §. 13. p. 42. Schmidt im angeführten Commentar. §. 451. 2r Bd. S. 237. Stryck l. c. §. 4. p. 1046. Vinnius l. c. §. 10. p. 258. Voët l. c. §. 13. p. 65. Wehrn in Diss. de actione Pauliana. Erfordii 1781. §. 17. — Hierin liegt nun aber auch der Beweis, daß die Worte „bonis ejus-possessis" in dem §. 1. 4. abgedruckten §. 6. J. de action. (4, 6.) nicht zum Vordersatz gezogen werden können, sondern offenbar

und der Natur der Sache nach zum Nachsatz gehören, was wir auch §. 5. 5te Bemerkung bereits bemerkt haben, dort aber noch nicht, wie jetzt geschehen, erweisen konnten.

2) Die §. 4. 5te u. 12te Bemerkung abgedruckte L. 9. et 14. D. h. t. (42, 8.).

3) L. 10. §. 25. D. h. t. „Haec actio haeredi caeterisque successoribus competit: sed et in haeredes similesque personas datur.“ L. 11. „Cassius actionem introduxit in id, quod ad haeredem pervenit.“ Einen merkwürdigen Fall, in welchem ein successor singularis eines Gläubigers diese Klage anstellen konnte, enthält die L. 21. D. h. t. „Debitor in fraudem creditoris cum vicino de finibus pignori dati fundi pactus est. Quaesitum, an is, qui a creditore emit, de finibus agere possit? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, non idcirco minus agere posse, quod debitor ignorante creditore pactus esset.“

4) L. 4. C. h. t. (7, 75.). „Filios debitores, ei succedentes, veluti in creditorum fraudem alienatorum facultatem revocandi non habere, notissimi juris est.“

5) Vgl. die §. 6. 6te Bemerkung angeführten Gesetzstellen.

§. 10.

Noch einige nähere Bestimmungen der Paulianischen Klage.

Bey der Paulianischen Klage wird der für die veräußerte Sache bezahlte Preis nur dann ersetzt, wenn er noch in der Masse vorhanden ist [1]). Wenn aber dritte Personen auf eine Art, die die Paulianische Klage begründet, für uns erworben haben, so ist hier zu unterscheiden. Entweder hat nehmlich

a) der Vormund für seinen Mündel erworben; in diesem Fall kann der Mündel niemals mittelst der Paulianischen Klage, sondern nur, in so weit er bereichert ist, mittelst der actio in factum belangt werden [2]); anders wäre es freylich, wenn auch der Mündel die betrügerische Absicht des Vormunds getheilt hätte, denn

dann würde allerdings die Paulianische Klage gegen ihn stattfinden; oder

b) der Sachwalter hat für seinen Gewaltgeber erworben; in diesem Fall kann nur der Sachwalter, hat aber der Gewaltgeber seine betrügerische Absicht getheilt, auch dieser mittelst der Paulianischen Klage belangt werden [3]); hat endlich

c) der Haussohn für den Hausvater erworben, so steht gegen letzteren nur die actio in factum, in so weit, als er durch die Erwerbung bereichert, oder diese in seinen Nutzen verwendet worden, oder das Sondergut des Haussohnes zureicht, wenn er aber die betrügerische Absicht des Haussohnes theilte, die Paulianische Klage zu [4]).

1) L. 7. D. h. t. (42, 8.) „Si debitor in fraudem creditorum minore pretio fundum scienti emptori vendiderit; deinde hi, quibus de revocando eo actio datur, eum petant: quaesitum est, an pretium restituere debeant? Proculus existimat, omnimodo restituendum esse fundum, etiam si pretium non solvatur et rescriptum est secundum Proculi sententiam.“ L. 8. „Ex his colligi potest, ne quidem portionem emptori reddendam ex pretio. Posse tamen dici, eam rem apud arbitrum ex causa animadvertendam: ut si nummi soluti in bonis extent, jubeat eos reddi: quia ea ratione nemo fraudetur.“

2) L. 6. §. 10. D. h. t. „Si quid cum pupillo gestum sit in fraudem creditorum: Labeo ait: omnimodo revocandum, si fraudati sint creditores. Quia pupilli ignorantia, quae per aetatem contingit, non debet esse captiosa creditoribus, et ipsi lucrosa. Eoque jure utimur.“ L. 10. §. 5. „Ait Praetor: Sciente, id est, eo, qui convenietur? videamus, an actioni locus sit, ut scientia tutoris noceat: idem et in curatore furiosi et adolescentis? Et putem hactenus istis nocere conscientiam tutorum sive curatorum, quatenus quid ad eos pervenit.“

3) L. 25. §. 3. D. h. t. „Si procurator ignorante domino, cum sciret debitorem ejus fraudandi cepisse consilium, jussit servo ab eo accipere: hac actione ipse tenebitur, non dominus."

4) Die §. 8. 2te Bemerkung abgedruckte L. 6. §. 12. D. h. t.

§. 11.

Ein besonderer Fall, in welchem der Ausdruck „actio utilis" gleichbedeutend mit dem „actio directa Pauliana" ist.

Wenn der Erbe eines Schuldners, der zum Nachtheil seiner Gläubiger sein Vermögen vermindert hat, selbst auch dieses Vermögen zum Nachtheil der Gläubiger verminderte, und nachher gegen den Erbschafts-Antritt in den vorigen Stand wieder eingesetzt wird, so steht den Gläubigern, wenn sie den Erben noch nicht als Schuldner anerkannt, und sich bloß an seine Person gehalten haben, nicht nur wegen der betrügerischen Veräußerungen des Erblassers, sondern auch wegen denen des Erben, die betreffende Klage zu; haben sie sich aber an die Person des Erben gehalten, so steht ihnen nur wegen der Veräußerungen des Erben, und nimmer wegen derer des Erblassers, Klage zu, und diese Klage heißt actio utilis [1]). Ganz klar ist nun aber, daß wegen der Vermögens-Verringerungen, welche der Erbe vorgenommen hat, bald die actio Pauliana, bald die actio in factum, je nachdem nehmlich der Erwerber in gutem oder bösem Glauben war, ergriffen werden konnte, aber in beyden Fällen heißt diese Klage actio utilis. Der Ausdruck „actio utilis" ist also in diesem Fall auch gleichbedeutend mit dem „actio Pauliana directa." Der Grund hievon ist aber der: weil der Erbe nach der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Erbschaftsantritt nimmer als Schuldner angesehen, die actio directa Pauliana also auch gegen ihn als Nichtmehrschuldner nimmer angestellt

werden konnte, und also diese Wiedereinsetzung, durch eine andere Wiedereinsetzung der Gläubiger in den vorigen Stand, in Hinsicht auf die von ihm zu ihrem Nachtheil vorgenommenen Vermögens-Verringerungen, wieder aufgehoben werden mußte, was dann auch durch die actio utilis geschah [2]).

1) L. 10. §. 10. D. h. t. (42, 8.). „Si quid in fraudem creditorum fecerit filius, qui se poterat abstinere, et in integrum sit restitutus, quod se miscuerat; vel si quis fecit (heres) voluntarius etiam vel per aetatem, vel quam (aliam) causam justam in integrum meruit restitutionem: dicendum erit utilem actionem competere. Idem et in servo necessario. Sane cum illa distinctione hoc admittendum esse Labeo scribit, ut si quidem protinus bona vendiderunt creditores; (vel) absentibus, (vel) paciscentibus creditoribus se necessarius miscuit: utriusque fraus revocetur, id est, testatoris, et ipsius. Si vero passi sunt necessarium creditores, et quasi in creditum habuerunt nomen ejus, vel dulcitudine usurarum, vel qua alia ratione secuti (sunt): dicendum est, nihil revocari ex his, quae testator alienavit." Mit dem Satz: daß im letztern Fall den Gläubigern wegen der betrüglichen Veräußerungen des Schuldners kein Klagerecht mehr zustehe, stimmt auch der §. 9. „Si fraudator heredem habuit, et heredis bona venierint: non est in bonis, quibus de agitur, factum: et ideo cessat haec actio" überein.

2) Ganz richtig haben auch Dabelow a. a. O. S. 419. u. 420. und Danz a. a. O. §. 146. S. 229. diese Gesetzstelle so erklärt.

§. 12.

Nähere Beziehung dieser beyden Klagen auf einander.

Aus den bisher entwickelten Grundsätzen ergibt sich nun auch der Folgesatz: daß derjenige, der mit der actio Pauliana belangt werden kann, in gewissen Fäl-

len auch mit der actio in factum belangt werden könne, niemals aber derjenige, der nur mittelst der actio in factum zu belangen ist, mit der actio Pauliana. Doch wir wollen uns deutlicher erklären, und die Sache an einem Beyspiele zeigen. Es hat Jemand von einem Schuldner, der die Absicht hatte, seine Gläubiger zu betrügen, ein Grundstück im wahren Werth erkauft, und der Schuldner hat den Kaufschilling verschleudert. Der Käufer hat nun die betrügerische Absicht des Verkäufers gewußt. Nun wird er von den betrogenen Gläubigern belangt, und da sie den vom Verkäufer verschleuderten Kaufschilling ihm nimmer ersetzen dürfen (§. 10. 1.), so ist diese Klage allerdings vortheilhaft für sie. Die Klage aber, die sie ergreifen müssen, ist, da er den wahren Werth für die Sache bezahlt hat, die Paulianische (§. 8. 1.), und sie verjährt sich also innerhalb 4 Jahren, von dem Augenblick an, in welchem die Gläubiger den ihnen durch diese Veräußerung zugefügten Nachtheil erfahren haben (§. 8. 4.). Allein gesetzt, der Schuldner wußte, daß er in Gannt gerathen werde, und um seine verschwenderische Lebensart wenigstens noch eine Zeitlang auf Kosten seiner Gläubiger fortsetzen zu können, verkaufte er ein Grundstück um die Hälfte des Werthes an Jemand, der um seine betrügerische Absicht wußte. Hier kann nun der Käufer auf das Ganze innerhalb 4 Jahren, von dem bereits bestimmten Zeitpunkt an gerechnet, mittelst der Paulianischen Klage, nach Verfluß derselben aber und noch 26 Jahre auf dasjenige, um was er sich durch seinen zu niedern Kauf bereichert hat, mittelst der actio in factum belangt werden. Nach 4 Jahren, von dem bestimmten Augenblick an gerechnet, verjährt sich also auch der böse Glaube bey ihm. Der nehmliche Fall tritt ein, wenn der Schuldner Jemand etwas, in der

Absicht, seine Gläubiger zu betrügen, geschenkt hat, und der Schenknehmer um diese Absicht wußte, hier findet gleichfalls 4 Jahre, von dem bestimmten Augenblick an gerechnet, die Paulianische Klage auf Ersatz des Ganzen, nach Verfluß dieser 4 aber, noch 26 Jahre, die actio in factum, auf Ersatz dessen, um was er bereichert ist, gegen ihn statt. War aber der Schenknehmer durchaus in gutem Glauben, und wußte er nichts um die betrügerische Absicht des Schuldners, so kann er innerhalb 30 Jahren, von dem bereits bestimmten Augenblick an gerechnet, nur mittelst der actio in factum belangt werden [1]).

1) Dabelow a. a. O. S. 414. Leyser Meditationes ad Pandectas. Spec. 494. Med. 14. Tom. VII. p. 586. et 587.

§. 13.

Anwendbarkeit dieser Klagen auf das Heirathgut (dos) nach Römischem Recht.

Auch auf das Heirathgut (dos) sind diese Klagen, es mag nun der Vater oder ein Dritter dasselbe gegeben haben, anwendbar. Doch sind hier mehrere Fälle zu unterscheiden. Entweder hat nehmlich

a) der Gatte um die betrügliche Absicht dessen, der das Heirathgut gegeben, gewußt, dann kann er mittelst der Paulianischen Klage auf Erstattung desselben belangt werden, oder er hat

b) hievon nichts gewußt; in diesem Fall findet nun gegen die Gattin,

α) wenn sie von der betrügerischen Absicht gewußt, die Paulianische, oder

β) wenn sie nichts hievon gewußt, die actio in factum dahin statt, daß sie den Gläubigern für Rückerstattung desselben nach aufgelöster Ehe Sicherheit leiste. Ist die Ehe zur Zeit der angebrachten Klage bereits

getrennt, so findet im Fall des bösen Glaubens, immer noch die Paulianische Klage gegen den Gatten statt, und hat er das Heirathgut der Gattin bereits zurückgegeben, so kann er diese nur dann auf Rückgabe der Hälfte belangen, wenn er freywillig, und ohne hiezu verurtheilt worden zu seyn, es zurückgegeben hat, und die Gattin gleich ihm in bösem Glauben ist. Im Fall ein Dritter das Heirathgut gegeben, und dasselbe auf den Vater der Gattin nach aufgelöster Ehe zurückfallen könnte, hat auch dieser für die Erstattung desselben den Gläubigern Sicherheit zu leisten [1]).

1) L. 25. §. 1. D. h. t. „Si a socero fraudatore sciens gener accepit dotem, tenebitur hac actione: et si restituerit eam, desinit dotem habere: nec quicquam emancipatae, divortio facto, restituturum Labeo ait; quia haec actio rei restituendae gratia, non poenae nomine daretur; ideoque absolvi solet reus, si restituerit. Sed si prius quam creditores cum eo experirentur, reddiderit filiae dotem, judicio dotis nomine conventus: nihilominus eum hac actione teneri, Labeo ait: nec ullum regressum habiturum ad mulierem. Sin vero sine judice; videndum, an ulla repetitio competat ei? Quod si is ignoraverit, filia autem scierit: tenebitur filia. Si vero uterque scierit, uterque tenebitur. At si neuter scierit, quidam existimant, nihilominus in filiam dandam actionem; quia intelligitur quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse: aut certe cavere eam debere, quod consecuta fuerit, se restituturam. In maritum autem, qui ignoraverit, non dandam actionem; non magis quam in creditorem, qui a fraudatore, quod ei deberetur, acceperit: cum is indotatam uxorem ducturus non fuerit." §. 2. „Item si extraneus filiaefamilias nomine fraudandi causa dotem dederit, tenebitur maritus, si scierit: aeque mulier: nec minus et pater, si non ignoraverit; ita ut caveat, si ad se dos pervenerit, restitui eam." Eine sehr schöne Anwendung

dieser Gesetzstelle auf einen gegebenen Fall finden wir in Volley's Betrachtungen, 6te Betracht. S. 224 — 226.

§. 14.

Anwendbarkeit dieser Klage auf die Wiederlage (donatio propter nuptias).

In Hinsicht der Anwendbarkeit dieser Klagen auf die Wiederlage (donatio propter nuptias), verordnen die Römischen Gesetze nichts. Wir müssen hier also der Natur der Sache folgen. Die Wiederlage haftet nun offenbar für das Heirathgut. Folglich müssen wir hier wieder unterscheiden. Entweder waren

a) beyde Gatten in bösem Glauben, dann findet unbedingt die Paulianische Klage gegen den Gatten statt, oder

b) nur der Gatte war in bösem, die Gattin in gutem Glauben, dann kann der Gattin die ihr für das Heirathgut haftende Wiederlage so wenig, als dem Gatten das Heirathgut im nehmlichen Falle, entrissen werden, sondern die Gläubiger können nur von dem Gatten Sicherheit fordern, daß sie nach getrennter Ehe ihnen zufallen solle; war aber

c) die Gattin in bösem, der Gatte in gutem Glauben, dann findet gegen letzteren die actio in factum statt.

§. 15.

Anwendung dieser Grundsätze auf unser heutiges Erbrecht.

Daß diese Grundsätze heut zu Tage noch anwendbar seyen, ist wohl keinem Zweifel unterworfen; inzwischen, da sich das Erbrecht sehr verändert hat, und das Heirathgut nach getrennter Ehe nimmer zurückfällt, sondern gleich dem übrigen Vermögen vererbt wird, so ist nur im Punkt der Anwendbarkeit der Sicherheitsleistung, in denjenigen Fällen, wo es erst nach getrenn-

ter Ehe zurückfällt, ein Zweifel; allein dieser läßt sich nicht anders lösen, als daß man beyde Eheleute für die Erstattung desselben an die Gläubiger nach getrennter Ehe Sicherheit leisten läßt.

§. 16.

Anwendbarkeit dieser Klage auf den Gläubiger, der sich von dem Schuldner bezahlen ließ.

Jeder Gläubiger kann vor Ausbruch des Ganntꝫ (denn wegen der nach dem Ausbruch des Ganntꝫ geleisteten Zahlung findet actio in factum auf Theilung des Erhaltenen mit den übrigen Gläubigern statt) [1]), von dem Schuldner Bezahlung annehmen [2]), nur wenn er

a) von dem Schuldner die Bezahlung auf eine widerrechtliche Art erpreßte [3]), oder

b) vor Andern, die mit ihm auf gleiche Art auf Bezahlung drangen, von dem Schuldner begünstigt wurde [4]), kann er, und zwar im erstern Fall von allen, im letztern aber nur von denen, vor denen er begünstigt wurde (z. B. es haben mit ihm zu gleicher Zeit nur 4 Gläubiger auf gleiche Art Klage geführt, er allein, der 5te aber wurde bezahlt, nur von diesen 4), mittelst der actio in factum, auf Theilung des Erhaltenen belangt werden [5]).

1) L. 6. §. 7. D. h. t. (42, 8.). „Qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum, exaequandumque caeteris creditoribus: neque enim debuit praeripere caeteris post bona possessa, cum jam par conditio omnium creditorum facta esset," und die §. 5. 8te Bemerkung abgedruckte L. 10. §. 16. D. h. t.

2) L. 6. §. 6. D. h. t. (42, 8.). „Apud Labeonem scriptum est, eum, qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere, hoc est, eum, qui quod sibi debetur, rece-

perat. Eum enim, quem Praeses invitum solvere cogat, impune non solvere, iniquum esse: totum enim hoc Edictum ad contractus pertinere, in quibus se Praetor non interponit; ut puta pignora, venditionesque.“ §. 7. „Sciendum, Julianum scribere, eoque nos jure uti, ut qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc Edictum: sibi enim vigilavit.“

3) L. 24. D. h. t. (42, 8.). „Quid ergo, si cum in eo essent, ut bona debitoris mei venirent, solverit mihi pecuniam: an actione revocari ea possit a me: an distinguendum est, is obtulerit mihi, an ego illi extorserim invito: et si extorserim invito, revocetur? si non extorserim, non revocetur? sed vigilavi: meliorem meam conditionem feci: jus civile vigilantibus scriptum est: ideo (quoque) non revocatur id, quod percepi.“

4) L. 6. §. 1. D. de Reb. auct. jud. possid. (42, 5.). „Si pupillus antequam abstineret, aliquid gesserit, servandum est: utique si bona fide gessit.“ §. 2. „Quid ergo, si quibusdam creditoribus solvit, deinde bona venierint? Si quaeratur an repetitio sit, ex causa id statuendum Julianus ait: ne alterius aut negligentia, aut cupiditas, huic qui diligens fuit, noceat. Quod si utroque instante tibi gratificatus tutor solvit, aequum esse aut prius eandem portionem mihi quaeri, aut communicandum quod accepisti: et hoc Julianus ait.“ L. 24. D. h. h. (42, 8.). „Pupillus patri heres extitit, et uni creditorum solvit; mox abstinuit haereditate paterna; bona patris veneunt: an id, quod accepit creditor, revocandum sit, ne melioris conditionis sit, quam caeteri creditores? an distinguimus, per gratificationem acceperit, an non? ut si per gratificationem tutorum, revocetur ad eandem portionem, quam caeteri creditores fuerint laturi. Sin vero juste exegerit, caeteri creditores neglexerint exactionem, interea res deterior facta sit, vel mortalitate, vel subductis rebus mobilibus, vel rebus soli ad irritum

perductis: id, quod acceperit creditor, revocari nullo pacto potest: quoniam alii creditores suae negligentiae expensum ferre debeant."

5) Ueber den Sinn der beyden letztern Gesetzstellen sind jedoch die Rechtsgelehrten nicht unter sich einig. Es behaupten nehmlich „v. Allmendingen über den materiellen und formellen Concurs der Gläubiger." S. 84. Jos. Ferd. de Retes in Opusculis. L. III. ad L. 24. D. h. t. (in Meermanni Thes. J. C. et Canon. Tom. VI. p. 185.) Walch Diss. de jure prioritatis in fraudem aliorum creditorum impetrato. Jenae 1790. §. 16. et 17. (in Opusc. Tom. III. p. 467.) und Weishaar „über Concurs u. Präcurs." Heilbronn 1802. §. 10. S. 41—45. daß diese Gesetzstellen auf den in denselben ausgedrückten Fall: wenn nehmlich der Vormund eines Mündels, der nachher auf die Erbschaft Verzicht leistete, einen Gläubiger begünstigt hatte, beschränkt werden müsse; allein wir können unmöglich annehmen, daß die Gesetze dasjenige, was sie bey dem Vormund mißbilligen, bey dem Schuldner selbst billigen sollten, und dehnen daher mit aller Ueberzeugung diese Gesetzstellen auf alle Vergünstigungen aus; und unserer Meinung sind auch Volley in der Lehre von öffentlichen Unterpfändern. §. 71. S. 150. Claproth a. a. O. §. 316. S. 489. Dabelow a. a. O. S. 425—431. Danz a. a. O. §. 147. S. 203. Frick l. c. §. 23. p. 63. seqq. Gmelin a. a. O. §. 19. S. 61—63. Günther l. c. §. 1259. p. 1057. Hoffacker l. c. §. 4596. p. 1078. Höpfner a. a. O. §. 1102. Anmerk. 1. S. 1093. Hopp. l. c. §. 829. Lauterbach l. c. §. 18. p. 361. Malblanc l. c. §. 805. p. 1100. Mevius Decisiones. Part. 4. Dec. 142. nro. 8. p. 426. Oeltze l. c. §. 25. Rhetius in Diss. de non gratificando. Part. I. Cap. 2. Scheffer in Diss. cit. Cap. 1. §. 3. p. 5. Struben rechtliche Bedenken. 1r. Bd. 105tes Bedenken. S. 248. u. 249. Stryck de cautelis contractuum. Berol. 1736. Sect. IV. Cap. 1. §. 10. p. 541. Voët l. c. §. 17. p. 68.

§. 17.

Anwendbarkeit dieser Klagen auf Verpfändungen.

Ueber die Anwendbarkeit dieser Klagen auf Verpfändungen, sind die Gesetze etwas mangelhaft, denn sie handeln nur von Verpfändungen für eine alte Schuld. Diese Gesetze lauten nun aber, wie folgt:

1) „Si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus acceperit: hac actione tenebitur, ut est saepissime constitutum“ [1]); und

2) „Cum in vetus creditum unus creditor pignora accepisset. Quaero, an in fraudem creditorum factum nullius momenti esset? Respondit, creditorem non idcirco prohibendum a persecutione pignorum, quod in vetus creditum ut obligaretur, pactus esset: nisi id in fraudem caeterorum creditorum factum sit, et ea via juris occurratur, qua creditorum fraudes rescindi solent“ [2]).

Nach der ersten Gesetzstelle scheint nun jede Verpfändung für eine alte Schuld mittelst dieser Klagen angefochten werden zu können; allein, wenn wir bedenken, daß der Verfasser der erstern Gesetzstelle, Ulpian, ein Zeitgenosse des Imperators Alexander Severus (J. n. C. G. 223 — 235.) [3]), der der letztern aber, Scävola, ein Zeitgenosse der Divorum Fratrum (J. n. C. G. 161 — 180.) [4]) war, so können wir mit aller Zuverlässigkeit annehmen, daß Ulpian die Stelle Scävola's im Auge hatte, und unsere erste Stelle nicht so allgemein, wie es scheint, sondern vielmehr aus der letztern Gesetzstelle zu erklären ist; und in dieser liegt nun der Satz: Jede für eine alte Schuld dem Gläubiger ertheilte Verpfändung ist gültig; sie kann aber,

a) wenn Gläubiger und Schuldner in bösem Glauben waren, mittelst der Paulianischen Klage, und

b) mittelst der actio in factum, angefochten werden:

α) wenn nur der Schuldner in bösem Glauben war, oder

β) wenn er den Gläubiger vor andern Gläubigern, welche gleich ihm auf Verpfändung drangen, begünstigte. Im letztern Fall steht jedoch diese Klage nur denjenigen, vor denen er begünstigt wurde, zu [5]). Bey der Verpfändung für eine neue Schuld aber müssen wir in Ermanglung gesetzlicher Vorschriften die Natur der Sache zu Hülfe nehmen, und nach dieser findet nun die Paulianische Klage, wenn Schuldner und Gläubiger in bösem Glauben waren, niemals aber die actio in factum, statt [6]).

1) L. 10. §. 13. D. h. t. (42, 8.)

2) L. 22. D. h. t.

3) Chronologia LL. Roman. l. s. c. p. 34. et 36. Hellfeld Historia J. R. L. I. Cap. 8. §. 53. p. 358 — 360.

4) Chron. cit. p. 24. et 25. Hellfeld l. c. §. 49. p. 352.

5) Auch über den Sinn dieser Gesetzstellen sind übrigens die Rechtsgelehrten nicht einig; daß der Gläubiger immer in bösem Glauben seyn müsse, folglich nur die Paulianische Klage statt finden könne, behaupten Mevius Decisiones. Part. 8. Dec. 139. nro. 4. p. 334. Schoepff selectae Decisiones. Dec. 243. nro. 10. Tom. II. p. 199. Walch in Diss. cit. §. 9. seqq. Daß nicht einmal der böse Glaube des Gläubigers hinreiche, sondern Begünstigung des Gläubigers hinzukommen müsse, und dann nur die actio in factum stattfinde, überhaupt aber alles, was von Bezahlungen (§. 16.) gelte, auch auf Verpfändungen angewendet werden müsse, behaupten Bolley a. a. O. §. 71. S. 147. Consilia Tubingensia. Vol. I. Cons. 48. nro. 46 — 48. p. 386. Hoffacker l. c. §. 4596. p. 1078.

Voët l. c. §. 18. p. 69. Unserer und der richtigern Meinung aber sind Beckmann Diss. de debitore obaerato in praejudicium debitorum non adquirente. Götting. 1774. p. 7. Dabelow a. a. O. S. 431 — 437. Danz a. a. O. §. 148. S. 234. Günther l. c. §. 1259. p. 1057. Weber Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. Schwerin u. Wismar 1789. 7te Abhandlung. S. 84. Weishaar Bemerkungen über das Verfügungsrecht eines Schuldners über sein Vermögen vor Ausbruch des Concurs-Prozesses. Heilbronn 1803. S. 33 — 35.

6) Bolley a. a. O. §. 70. S. 142. u. 143. Dabelow in der ersten Auflage des angef. Werks. 1r. Thl. §. 107. S. 314. Weber a. a. O. S. 79.

§. 18.

Besondere Vorrechte der Staatskasse.

Die Staatskasse allein hat das besondere Vorrecht, daß sie nicht nur jede Veräusserung, sondern auch jede Nichterwerbung, die zu ihrem Nachtheil geschah, anfechten [1]), und daß sie jede zu ihrem Nachtheil vorgenommene Zahlung, selbst wenn das bezahlte Geld nimmer bey den Gläubigern vorhanden ist, jedoch ohne Zinse, zurückfordern kann [2]).

1) L. 45. pr. D. de jure fisci (49, 14.). „In fraudem fisci non solum per donationem, sed quocunque modo res alienatae revocantur: idemque juris est, et si non quaeratur: aeque enim in omnibus fraus punitur."

2) L. 18. §. 10. D. de jure fisci (49, 14.). „Papinianus tam libro sexto, quam undecimo Responsorum scribit, ita demum publicam auferri pecuniam ei, qui cum erat creditor, in solutum pecuniam accepit, si aut sciebat, cum accipiebat, publicum quoque esse debitorem, aut postea cognovit, antequam consumeret pecuniam: sed placet omnimodo ei pecuniam auferendam esse, etiam si ignoravit, cum consumeret: et postea quidem Principes directam actionem

competere ablata pecunia rescripserunt, ut et Marcellus libro septimo Digestorum scribit." L. 19. „Denique non esse praestandas usuras, cum pecunia revocatur, convenit: quoniam res, non persona convenitur." L. 5. C. de privilegio fisci (7, 73.). „Pecunia quam creditor a debitore suo recepit, si postea ex justa causa fisco restituenda erit, sine usuris debetur: quia non foenus contractum, sed suum recuperatum extraordinario jure aufertur."

§. 19.

Besondere Vorrechte der Gemeinden, in Hinsicht auf Anleihen und Zinse.

Die Gemeinden haben endlich das besondere Vorzugsrecht, daß sie alle diejenigen, welche etwas von demjenigen Vermögen des Gemeinschuldners, welches er zu der Zeit, als er der Gemeinde schuldig wurde, besaß, an sich gebracht haben, nach Verhältniß des Werths ihrer Erwerbung belangen können, und zwar haftet hier der Vermögliche für den Unvermöglichen. Nur diejenigen, die von der Staatskasse Vermögensstücke des Schuldners an sich gebracht haben, sind frey [1]).

1) L. 2. C. de debitoribus civitatum (11, 32.). „Placuit, si quis debitor reipublicae civitatis quippiam ex eo patrimonio, quod habuit, cum pecuniam reipublicae sumeret, donaverit, vel distraxerit, vel qualibet in alium ratione contulerit: qualitate rei alienatae perspecta, atque omnibus debitoris facultatibus consideratis, quas habuit, cum ei pecunia crederetur, pro rata ab eo, qui ex debitoris facultatibus aliquid detinet, ex sorte atque usuris postulari. Itaque quoties minus idoneum deprehenditur ejus patrimonium, cujus nomen civitati alicui invenitur obnoxium; judex omni diligentia et sollicitudine debebit inquirere, ad quos ex qualibet conditione transierint debitoris facultates: ut singuli aequa aestimatione habita, pro rata rerum, quas possident, conveniantur: persona-

lem actionem contra eum habituri debitorem, qui ipsis solventibus liberatur. Ab eo autem, a quo constat fortunarum suarum partem maximam recessisse, etiam reliquam portionem, quae apud eum resederit, transferri ad idoneum oportebit. Quod si quispiam debitor reipublicae civitatis, fisco nostro locum fecerit: emtores qui a fisco comparaverint, manifestum est, secundum jus vetus, et Rescripta Divorum (Principum) constitutionesque nostras nullam debere molestiam sustinere.“

XXX. Aufsatz.

Was ist denn eigentlich der Grund der bisherigen Streitigkeiten über die Culpa und die Grade der Culpa, und wer hat Recht, die ältere oder die neuere Schule?

Ein Beytrag zum Aktenschluß in der Sache.

Der Verfasser dieses hält es für nothwendig, diesem Aufsatz einige Worte voranzusenden. — Er wurde nach den Grundsätzen der älteren Schule gebildet, überall, wo er hinblickte, fand er die ältere Theorie. Hugo Doneau's Theorie — war vergessen. Löhr war der erste, der sie der gewöhnlichen vorzog, ihn suchte Schömann zu widerlegen, Löhr's Beyträge zu seiner Theorie waren gegen ihn gerichtet, da trat Hasse auf, aber auch ihn widerlegte Gensler; Kritz in den neuesten Zeiten, und Hähnel folgten der neueren Theorie, aber ohne sie

hinreichend zu begründen. — Der Verfasser selbst gesteht, daß er die Doneau'sche Theorie anfänglich nur mit Widerwillen aufnahm, sie widersprach so sehr demjenigen, was er früher gehört, früher gelesen, früher, und noch bis auf die neuesten Zeiten, in allen Compendien gefunden hatte. Hasses Werk wirkte nicht vortheilhaft auf ihn, ihm ergieng es, wie seinem Recensenten, Thibaut: er fand manche Bemerkungen richtig, aber das Ganze war für ihn, wie für Thibaut ein dunkler Wald, von einzelnen Lichtstreifen erhellt. Da sahe der Verfasser wohl, daß er in ein Labyrinth gerathen, zu welchem — wenn er nicht selbst den Faden finden würde, keine Ariadne ihm solchen bieten könnte. — Es mußte die ältere und neuere Theorie einander gegenübergestellt, beyde mußten miteinander verglichen, aus beyden allgemeine Grundsätze gezogen, oder vielmehr beyde auf allgemeine Grundsätze zurückgeführt werden, und erst dann mußte sich die Wahrheit von der Täuschung unterscheiden lassen. — Diesen Weg schlug er ein, und nun wurde ihm erst klar, was ihm vorher dunkel war. So gibt er nun die Erzeugnisse seiner eigenen Prüfung in kurzen Sätzen, deren Ausarbeitung ihm vielleicht in der Zukunft verstattet ist; aber er hält es nicht für überflüssig, den Weg zu zeigen, wie er von der Täuschung und von manchen Vorurtheilen zur Wahrheit gelangte. Aus diesem Gesichtspunkte bittet er auch die Leser, die nachfolgenden Blätter zu betrachten.

Betrachten wir nun vorerst einige Vorbegriffe des Römischen Rechts. Dolus ist dem Römischen Recht überhaupt Absicht, freye Bestimmung des Willens, etwas zu thun oder zu unterlassen, daher sich der do-

lus wohl in malum et bonum eintheilen läßt. Dolus malus, auf dem Gebiete des Privatrechts, heißt nun die Absicht, die Rechte eines Andern zu verletzen, einen Andern zu beschädigen. Culpa ist dem Dolus entgegengesetzt, die Culpa heißt im Römischen Recht jedes Versehen, welches ohne ausschließliche und ganz bestimmte Richtung meines freyen Willens, einen Andern zu beschädigen, die Beschädigung eines Andern herbeyführt. Nun gibt es aber von der bestimmten Absicht, der ausschließlichen Bestimmung des freyen Willens — Jemand zu beschädigen, bis zu demjenigen Versehen, welches durchaus alle Absicht ausschließt, unendlich viel Nuancen und Schattirungen, welche schon das Römische Recht zu klassificiren und als verschiedene Stufen einer Leiter darzustellen suchte. — Ich begehe nehmlich eine Handlung, oder unterlasse etwas, wodurch ich zunächst etwas Anderes hervorzubringen suche; allein es ist unverkennbar, daß durch jene Handlung ein Anderer beschädigt werden muß. Diesem unerachtet lasse ich mich nicht abhalten, dieß ist culpa lata, zwar nicht ausschließliche Bestimmung meines freyen Willens, einen Andern zu beschädigen, aber doch ist die Absicht nicht ganz ausgeschlossen: denn ich lasse mich ja durch die Gewißheit der schädlichen Folgen, welche sie für einen Andern haben muß, nicht abhalten. So kann es dann zwar nicht gewiß, aber doch mehr oder weniger wahrscheinlich oder möglich seyn, daß ein Anderer dadurch, daß ich etwas thue, was ich nicht thun sollte, oder etwas unterlasse, was ich thun sollte, beschädigt wird. — Je weniger Wahrscheinlichkeit, je weniger Möglichkeit — desto geringer, jemehr — desto größer ist mein Versehen. Nun

behauptet die ältere Theorie, das Römische Recht kenne drey Grade der Culpa:

a) latam;
b) levem; und
c) levissimam.

Letztere finde jedoch nur ausnahmsweise bey einigen Verträgen, sodann bey dem damnum injuria datum, also in dem allgemeinsten Verhältniß des Staatsbürgers zum Staatsbürger statt. Auch die ältere Theorie konnte aber nicht mißkennen, daß das Römische Recht auch bey Beschädigungen, welche ein vertragender Theil von dem Andern erlitten hatte, die actio ex Lege Aquilia zulasse, somit auch culpa levissima statt finde, und so stellte sich nun bey denjenigen Verträgen, welche nach der älteren Theorie bloß culpam levem zuließen, ein Widerspruch heraus, denn es lag hier ja offenbar in der Willkühr des Beschädigten, durch Anstellung der Aquilischen Klage seinen Gegner, weiter — nehmlich für ein geringeres Versehen, als er ihm nach der Natur des Vertrags haftete, verbindlich zu machen; dieser Widerspruch mußte daher aufgehoben, und das Räthsel gelöst werden. Die ältere Schule löste es auf folgende Art: Allerdings (denn dieß liegt zu deutlich in den Bestimmungen des Römischen Rechts) müssen wir zugeben, daß wo durch ein Vertragsverhältniß ein Schaden entstanden ist, die Aquilische Klage gleich der Klage aus dem betreffenden Vertrag statt findet, allein auch die Aquilische Klage kennt dann keinen höhern Grad des Versehens, als denjenigen, welchen die Vertragsklage bietet. Dieß ist der gewöhnlichste Vereinigungs-Versuch. Einen andern hat Schömann gefunden, und Glück begierig ergriffen, er behauptet nehmlich: nur dann stehe dem Beschädigten zwischen der

betreffenden Vertrags- und der Aquilischen Klage die Wahl zu, wenn die Beschädigung durch eine positive Thätigkeit des Beschädigenden entstanden seye.

So die ältere Schule. — Die neuere dagegen behauptet: die culpa des Römischen Rechts hat nur zwey Grade, nehmlich

a) latam und

b) levem.

Die letztere hat aber wieder zwey Unterabtheilungen, denn bald wird, um beurtheilen zu können, ob eine bestimmte Beschädigung durch ein Versehen entstanden seye, der allgemeine Maaßstab von Sorgfalt, bald der besondere individuelle (diligentia, quam quis suis), jedoch in Verbindung mit dem allgemeinen — also ein aus Concretem und Abstractem zusammengesetzter, angelegt. Selbst die Aquilische Klage kennt nicht weitere Grade, und daß bey Beschädigungen aus dem Vertrag, die Vertragsklage mit der Aquilischen sich zur Wahl darbietet, rührt doch offenbar daher, weil das Recht zu beschädigen, innerhalb der Gränzen eines bestimmten Vertrags so wenig als ausserhalb derselben denkbar seye.

Was nun das erstere, nehmlich die Abtheilung der culpa in mehrere Grade betrifft, so wissen freylich die Anhänger der älteren Schule nirgends die Belege für ihre Meinung nachzuweisen, denn der Ausdruck culpa levissima findet sich nur einmal, nehmlich L. 44. D. ad Leg. Aquil. (9, 2.) vor, dort sagt Ulpian: „In lege Aquilia et culpa levissima venit.“ Sonst ist dieser Ausdruck in den Römischen Gesetzen überall nicht aufzufinden. Alle übrigen Gesetze sprechen bloß von culpa, welcher sie dann als höheren Grad die culpa lata entgegensetzen, und bey welcher

sie wieder zwischen einem allgemeinen und besondern Maaßstabe unterscheiden. Warum soll ich hier die Stellen alle, welche Löhr und Hasse angeführt haben, wiederholen? Insoweit, und was die Abtheilungen der Culpa betrifft, hat also die neuere Schule Recht, sie hat die Belege für ihren Satz aus der Quelle gezogen, und an Belegen gebricht es daher der älteren Schule gänzlich, denn die Römischen Gesetze widersprechen sich nicht. Aber jene Stelle Ulpians steht uns noch immer entgegen; immer scheint es nehmlich, daß wo kein Vertrags-Verhältniß statt finde, ein niederer Grad des Versehens verantwortlich mache, und somit scheint es, als ob wir wieder zu dem Vereinigungs-Versuch der älteren Schule in Hinsicht auf das Zusammentreffen der Vertrags- mit der Aquilischen Klage unsere Zuflucht nehmen müßten. Allein dem ist nicht so, der Sinn dessen, was Ulpian sagen wollte, liegt tiefer, und haben wir diesen aufgefunden, so bedürfen wir der Nothbehelfe der früheren Vereinigungs-Versuche nicht mehr. Gehen wir nun von folgenden klaren Sätzen aus:

1) Wer etwas thut oder unterläßt, was er zu unterlassen, oder zu thun verpflichtet war, haftet für alle aus seinem rechtswidrigen Thun oder Unterlassen entstehenden Folgen (Lex Aquilia des Römischen Rechts, oder vielmehr Princip der Legis Aquiliae).

2) Wer etwas thut oder unterläßt, was er zu thun oder zu unterlassen berechtigt war, haftet für die Folgen seiner Handlung nicht.

Wenden wir nun diese Sätze an: am klarsten aber geschieht diese Anwendung durch Beyspiele. Nehmen wir vorerst die

L. 13. §. 5. D. loc. cond. (19, 2.)

„Si gemma includenda aut insculpenda data „sit, eaque facta sit: si quidem vitio materiae „factum sit, non erit ex locato actio, si imperi– „tia facientis erit.“ Es hatte Jemand einen Juwel zum Fassen oder Graviren einem Juwelier oder Graveur übergeben, und der Juwel zerbrach. Hier fragt nun Ulpian, der Verfasser unserer Stelle, bloß: Lag der Grund des Zerbrechens in der fehlerhaften Beschaffenheit des Juwels selbst (vitium materiae), oder, lag er in der Ungeschicklichkeit des Juweliers oder Graveurs? und läßt nur im letzteren Fall denselben haften. Setzen wir nun aber den Fall: A. nimmt dem B. einen Juwel ohne allen Auftrag mit, um denselben ohne Wissen des B. anders zu fassen, und dieser zerbricht. Fragen wir hier auch noch nach dem vitium materiae? Ich sage nein, denn beyde Fälle sind sehr verschieden. Der Juwelier oder Graveur hatte nehmlich die Pflicht, folglich auch das Recht, meinen Juwel anders zu fassen, oder zu graviren, zerbricht er ihm vitio materiae, so ist er unschuldig, denn er hat nur gethan, wozu er befugt, ja sogar verpflichtet war. Aber A. der sich, ganz unbefugt, des Juwels des B. bemächtigte, kann sich damit nicht entschuldigen, er hätte nur jenen Juwel, wie man sagt, stehen lassen sollen, dann wäre er auch vitio materiae nicht zerbrochen. Ein anderer Fall: A. leiht dem B. sein Pferd zum Spazierenreiten, und während des Ritts wird das Pferd von ungefähr erschossen. Hier haftet B. offenbar nicht, wohl aber, wenn B. ohne den A. zu fragen, das Pferd aus dem Stalle gezogen und geritten hätte, denn hier haftet offenbar B. für die Folge seiner widerrechtlichen Handlung. Ulpian's Satz in der L. 44. D. ad leg. Aquil. will daher nichts mehr und nichts weniger sagen,

als was wir in unserem ersten Satz ausgedrückt haben. Da nun aber derjenige, welcher die Gränzen des Vertrags überschreitet, z. B. die ihm geliehene Sache zu einem andern als demjenigen Zwecke, wozu sie ihm geliehen worden, verwendet, offenbar eben so rechtswidrig als derjenige, welcher mich ausser allem Vertrags-Verhältniß verletzt, handelt, ja eben dadurch, daß er die Gränzen des Vertrags überschreitet, sich aus dem Vertragsverhältniß selbst gesetzt hat, so haftet er mir, abgesehen von jenem, hieher gar nimmer anwendbaren Vertrage, und daher bietet sich mir auch die Vertragsklage und die Klage wegen widerrechtlich zugefügten Schadens (damnum injuria datum) zur Wahl. Ja auch die Vertragsklage ist ja nichts anderes als die Aquilische Klage, angewandt auf jenen Vertrag, denn nicht darauf, daß er vertragsmäßig, sondern darauf, daß er durch vertragswidriges Handeln oder Unterlassen mich beschädigt hat, klage ich. Durch die Vertragsklage will ich nur den Gegensatz: nehmlich dasjenige, was er hätte thun oder unterlassen sollen, zeigen, und darauf, daß er es nicht gethan oder nicht unterlassen hat, klage ich. Somit ergibt sich also, daß auch hierin die neuere Schule den Vorzug vor der alten hat, und daß die Sätze des Römischen Rechts, welche auch bey Beschädigungen vertragender Theile die Wahl zwischen der Vertrags- und der Aquilischen Klage lassen, ganz folgerecht aus dem vernunftgemäßen Systeme des Römischen Rechts, dessen Grundsätze wir in den beyden obigen Sätzen gegeben haben, fließen. — Und somit wird man es mir nun nicht verargen, wenn ich den Grundsätzen der älteren Schule, deren Bande mich übrigens früher fest umfangen hatten, hiemit feyerlich entsage, und zu der neueren Schule — als

Bekehrter — mit aller Ueberzeugung übertrete. Uebrigens bin ich weit entfernt, sie einem Andern aufzudringen, bloß die Art, wie ich zu meiner jetzigen Ansicht gelangt bin, wollte ich auch Andern nicht vorenthalten, und wenn ein Anderer auf demselben, für ihn jetzt kürzeren Wege zu derselben Ueberzeugung, — zu der ich durch viele Ab- und Umwege gelangt bin, kommt, so soll es mich herzlich freuen.

Vermischte Aufsätze

aus dem Gebiete

der

reinen und angewandten

Rechtswissenschaft

von

Dr. Reinhardt,

Königl. Würtembergischem Ober-Tribunal-Rath.

Drittes Heft.

Stuttgart,
bey Joh. Fried. Steinkopf.
1827.

Die Lehre des Römischen Rechts von der Verbindlichkeit im Allgemeinen und von der natürlichen Verbindlichkeit insbesondere.

Eine civilistische Abhandlung und zeitgemäßer Beitrag zu Dr. Adolph Dietrich Webers „Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit“

von

Dr. C. F. Reinhardt,
Königl. Würtemb. Ober-Tribunal-Rath.

Stuttgart,
bey Johann Friedrich Steinkopf.
1827.

Inhalts-Uebersicht.

Einleitung.

I. Abtheilung. Von dem Naturrechte im Sinne des römischen Rechts.

Seite

V. Abtheilung. Von der Verbindlichkeit der Minderjährigen.

VIII. Abtheilung. Von Verpfändungen, namentlich in Beziehung auf natürliche Verbindlichkeiten.

IX. Abtheilung. Von dem Einflusse der erlöschenden Verjährung auf Verbindlichkeiten.

Schluß.

Erklärung des Fr. 39. pr. D. de cond. indeb. (12, 6.)

Einleitung.

§. 1.

Begriff des Rechts.

Jede mögliche Aeußerung unserer Willensfreiheit nennen wir Recht. Das Recht ist daher nur auf dem Gebiete der Freiheit denkbar.

§. 2.

Begriff der Pflicht.

Jede nothwendige Beschränkung unserer Willens-Freiheit nennen wir Pflicht. Die Pflicht ist daher nur auf dem Gebiete der Nothwendigkeit denkbar.

§. 3.

Ursprung der Pflicht.

Alle Pflichten aber entspringen aus dem Gesetze.

§. 4.

Begriff des Gesetzes.

Das Gesetz aber ist der Ausdruck der Nothwendigkeit. In so ferne nun das Gesetz die Willens-Freiheit beschränkt, ist es entweder Sitten- oder Rechts-Gesetz.

§. 5.

Eintheilung der Pflichten.

Die Pflichten zerfallen daher auch in Pflichten des Sitten- und in Pflichten des Rechts-Gesetzes.

§. 6.

Eintheilung des Gesetzes.

Die Beschränkung der Freiheit durch das Gesetz kann aber entweder eine **innere** oder **äußere** seyn. Die Beschränkung des Sitten-Gesetzes so wie des Rechts-Gesetzes erkennt diesen Unterschied an.

§. 7.

Eintheilung der Pflichten in vollkommene und unvollkommene.

Jede nothwendige **innere** und **äußere** Beschränkung unserer Freiheit durch das Sitten- und Rechts-Gesetz oder durch das Rechts-Gesetz allein nennen wir eine **vollkommene Pflicht**. Jede nothwendige **bloß innere** Beschränkung unserer Freiheit durch das Sitten- und Rechts-Gesetz, oder durch das Rechts-Gesetz allein nennen wir eine **unvollkommene Pflicht**. **Vollkommene** Pflichten sind daher nur auf dem Gebiete des **positiven Rechts** denkbar.

§. 8.

Eintheilung der vollkommenen Pflichten in unmittelbare und mittelbare.

Die Pflichten aber entspringen entweder **unmittelbar** oder **mittelbar** aus dem Gesetze. **Unmittelbar**, wenn zu ihrer Begründung lediglich nichts, als das Gesetz erforderlich ist. **Mittelbar**, wo die Pflicht nur unter Voraussetzung einer Begebenheit, einer That-Handlung oder eines That-Umstands, aus dem Gesetz entspringt.

§. 9.

Begriff der Verbindlichkeit.

Eine mittelbare Pflicht aber nennen wir **Verbindlichkeit** (*obligatio*).

§. 10.

Eintheilung der Verbindlichkeiten.

Je nachdem nun die mittelbare Pflicht selbst eine vollkommene oder unvollkommene ist, kann man auch die Verbindlichkeiten in vollkommene oder unvollkommene eintheilen. Es gibt somit nicht bloß Verbindlichkeiten des inneren und äußeren Rechts-Gesetzes, sondern auch des bloß inneren Rechts- und des Sitten-Gesetzes.

§. 11.

Begriff der Verbindlichkeit im engern Sinne des Worts.

Im engern Sinne des Worts aber nennen wir nur mittelbare vollkommene Pflichten — Verbindlichkeiten.

§. 12.

Begriff von Forderungen, Schuldigkeiten.

Eine besondere Art der letztern bilden nach dem Sprach-Gebrauche, die Forderungen im activen — Schuldigkeiten im passiven Sinne des Worts, d. h. die durch Vertrag — freye Uebereinkunft mehrerer über ein bestimmtes Rechts-Verhältniß — begründeten Verbindlichkeiten.

§. 13.

Begriff der natürlichen Verbindlichkeiten nach bisheriger Ansicht.

Wenn man von Allem, was das positive Recht bietet, das Geschichtliche, das Oertliche, das Persönliche, wo immer möglich die Form, und was sonst an demselben Individuelles seyn mag, abzieht, so gewinnt man offenbar eine Menge abstracter Formeln. Diese abstracten Formeln nannte man bisher Natur-

Recht (inneres Recht). Eine Verbindlichkeit des Natur-Rechts, sie möchte nun auch eine Verbindlichkeit des positiven Rechts seyn oder nicht, nannte man eine natürliche Verbindlichkeit im weiteren Sinne des Worts. Eine Verbindlichkeit dagegen, welche lediglich sich auf das Natur-Recht gründete und im positiven Recht nicht aufzufinden war, eine natürliche Verbindlichkeit im engeren Sinne des Worts. Letzterer steht eine Verbindlichkeit, welche bloß das positive Recht kennt, zunächst als Gegensatz gegenüber.

§. 14.

Einfluß dieses Begriffs auf die positive und namentlich auf die Wissenschaft des positiven römischen Rechts.

Auch das römische Recht kennt obligationes naturales, und man unterlegte diesem Ausdruck die Ansicht des neueren Natur-Rechts. Hierüber entstanden nun eine Menge Schwierigkeiten und Streitigkeiten, welche lediglich nur dem mißlichen Umstande zuzuschreiben sind, daß man neuere Ansichten dem römischen Rechte, welchem sie doch ganz fremd waren, aufdringen wollte, und daß man mit Hülfe jenes Natur-Rechts, als eines vermeintlich gründlichen Behelfs, in dem römischen Recht aufzuräumen hoffte. Hierdurch aber wurde offenbar weder für die Philosophie noch für die Rechts-Wissenschaft etwas gewonnen, denn was

Schelling, über die Methode des academischen Studiums. Tüb. 1802. S. 233.

schon äußerte, hat sich in den neuesten Zeiten bewährt, und so mag seine Bemerkung hier, als eine sehr richtige, eine Stelle finden: „Fast am hartnäckigsten „hat sich in der bisherigen Behandlung des Natur-

„Rechts das analytische Wesen und der Formalismus „erhalten. Die ersten Begriffe wurden entweder aus „dem römischen Rechte, oder von irgend einer eben „gangbaren Form hergenommen, so daß das Natur-„Recht nicht nur alle möglichen Triebe der menschli-„chen Natur, die ganze Psychologie, sondern auch alle „erdenkliche Formen nach und nach durchgewandert „ist. Durch Analyse derselben wurde eine Reihe for-„maler Sätze gefunden, mit deren Hülfe man nach-„her in der positiven Jurisprudenz aufzuräumen hoffte. „Besonders haben Kantische Juristen diese Philoso-„phie als Magd ihrer Scienz zu brauchen fleißig an-„gefangen, und zu diesem Behuf das Natur-Recht „auch immer richtig reformirt. Diese Art des Phi-„losophirens äußert sich als ein Schnappen nach Be-„griffen, gleichviel, welcher Art sie sind, nur, daß sie „eine Einzelheit seyen, damit derjenige, welcher sie auf-„gefangen, durch die Mühe, die er sich gibt, die „übrige Masse nach ihr zu verziehen, sich das Anse-„hen eines eigenen Systems geben könne, das aber in „kurzer Zeit wieder durch ein anderes verdrängt wird" — doch

Fichte's Grundlage des Natur-Rechts. Jena u. Leipzig 1796.

und

Kant's methaphysische Anfangsgründe der Rechts-Lehre. Königsberg 1797.

muß ich hier als ehrenvoller Ausnahmen erwähnen.

§. 15.

Gegenwärtiger Stand der Sache.

In den neuesten Zeiten ist man jedoch wieder hie-von zurückgekommen, man hat wieder und mit mehr

und vielem Glücke angefangen, das römische Recht geschichtlich aufzufassen, und der Rath

Schellings, a. a. O. S. 232.

„daß das erste Streben eines Jeden, der die positive „Wissenschaft des Rechts als ein Freyer begreifen will, „seyn müsse, sich durch Philosophie und Geschichte „die lebendige Anschauung der früheren Welt und der „in ihr nothwendigen Formen des öffentlichen Lebens „zu verschaffen, und, daß die reichhaltigste Quelle der „Bildung in dieser Wissenschaft eröffnet werden könnte, „wenn sie mit unabhängigem Geiste, frey von der „Beziehung auf den Gebrauch und an sich behan„delt würde!" — wird wenigstens in den neuesten Zeiten befolgt.

§. 16.

Zweck dieser Abhandlung.

Der Zweck der vorliegenden Abhandlung ist daher auch kein anderer als der, den dem römischen Rechte fremdartigen und erst in späteren Zeiten aufgedrungenen Stoff von demselben zu sondern, und seine Lehren in Beziehung auf Verbindlichkeiten im Allgemeinen, so wie auf natürliche Verbindlichkeiten insbesondere rein und unvermischt zu geben. Nur von diesem Standpunkte aus bitte ich die gegenwärtige Abhandlung zu betrachten.

Erste Abtheilung.

Von dem Natur-Rechte im Sinne des römischen Rechts.

§. 17.

Welche Ansichten hatten die römischen Rechts-Gelehrten und das römische Recht von dem Natur-Recht?

Hören wir vorerst **Ulpian**,

Fr. 1. §. 3. et 4. D. de just. et jure (1, 1.)

„*Jus naturale* est, *quod natura omnia animalia docuit, nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium,* quae in terra quae in mari nascuntur, avium quoque *commune est* etc. §. 4. *Jus gentium est, quo gentes humanae utuntur:* quod a naturali recedere facile intelligere licet: *quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune est.*“

§. 18.

J. v. Müllers Commentar zu dieser Stelle.

Der beste Ausleger dieser Ulpian'schen Stelle ist

Johannes v. Müller, 24 Bücher allgemeiner Weltgeschichte, 1. Thl. S. 12. u. 13.

„Das Natur-Recht ist das Resultat unserer Verhältnisse zu der sichtbaren Welt, und besonders aller mit Empfindung begabten Wesen. Freilich begreifen die meisten Menschen (in dem Wahn, daß sie bloß gegen ihres gleichen Verbindlichkeit haben) unter diesem Namen allein das, was nach Abzug aller persönlichen und localen Beziehungen jeder

„Mensch dem Andern überhaupt schuldig ist. Dieser „Theil des Natur-Rechts ist aber nicht sein ganzer „Umfang, obwohl natürlicher Weise für uns das In„teressanteste."

§. 19.

Nähere Beleuchtung dieser Ansicht.

Die römischen Rechts-Gelehrten erkannten daher ein Rechts-Verhältniß aller lebenden Wesen zu einander, und dieß nannten sie jus naturale, ein Theil desselben war das Rechts-Verhältniß aller vernünftigen lebenden Wesen zu einander, das jus gentium. Das heutige, nur die lebenden vernünftigen Wesen berücksichtigende Natur-Recht ist nur ein Theil dessen, was die römischen Rechts-Gelehrten jus naturale nannten, nämlich das von ihnen sogenannte jus gentium, oder das jus, quo omnes homines utuntur.

§. 20.

Verhältniß des juris naturalis und insbesondere des juris gentium zum jus civile.

Hierüber Gajus,

Comment. L. 1. (Ed. II. Göschen, p. 1.) vergl. §. 1. J. de J. N. (1, 2.)

auch in dem

Fr. 9. D. de justit. et jur. (1, 1.)

abgedruckt: „Omnes populi qui legibus et mori„bus reguntur, partim suo proprio, partim com„muni omnium hominum jure utuntur. *Nam* „*quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id* „*ipsius proprium jus civitatis est, vocaturque* „*jus civile.* Quod vero naturalis ratio inter om„nes homines constituit, id apud omnes gentes „peraeque custoditur, vocaturque jus gentium,

„quasi quo jure omnes gentes utuntur.“ Wenn nun aber hier Gajus sich des Ausdrucks bedient, daß alle Völker theils ihr ihnen eigenthümliches, theils das allgemeine Recht anerkennen, so ist diesem Ausdruck nicht die Deutung zu geben, als ob neben dem jus civile noch das jus gentium als zwey verschiedene neben einander bestehende Rechts-Normen anzusehen seyen, somit neben dem jus civile auch noch das jus gentium in Anwendung zu bringen seye.

§. 21.

Wahrer Sinn dieser Stelle.

Er wollte vielmehr damit gar nichts anders sagen, als was **Ulpian**,

Fr. 1. §. 1. D. de just. et jur. (1, 1.)

„Privatum jus *tripertitum* est: collectum est et-„enim ex naturalibus praeceptis, aut gentium aut „civilibus.“ — und:

Fr. 6. D. ej. t.

„Jus *civile* est, *quod neque in totum a naturali „vel gentium recedit, nec per omnia ei servit:* „itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri „communi, jus proprium, id est civile efficimus.“ Daß nämlich das jus naturale und gentium zunächst die Quelle des juris civilis und dieses nichts anderes, als das jus naturale und gentium angewandt auf die örtlichen und persönlichen Beziehungen und Bedürfnisse jedes einzelnen Volks seye. Die einzelnen Modalitäten der Anwendung aber bilden nun das jus civile im besondern Sinne des Worts.

§. 22.

Schon von J. v. Müller erkannt.

Auch hier erscheint

Johannes v. Müller, a. a. O. S. 13.

als der beste Ausleger des Gajus und Ulpian: „Da weder alle Menschen die Geschicklichkeit und „den Fleiß haben, diese ersten Verhältnisse zu ergrün= „den, noch von der Gewalt ihrer Leidenschaften sich „erwarten läßt, daß sie unter verschiedenen Gesichts= „punkten, deren jede Sache fähig ist, den gemeinnü= „tzigsten zur stäten Richtschnur ihres Verhaltens „machen wird, so sind positive Gesetze erforderlich ge= „wesen, um den natürlichen durch wirksame Mittel „bey Zeiten gegen die Unwissenheit und den Eigen= „nutz die nöthige Stärke zu ertheilen. Die unend= „liche Verschiedenheit der Umstände vervielfältigte in „kurzem diese Gesetze, und gab ihnen eine ungemeine „Mannichfaltigkeit."

§. 23.

Jus gentium in einer anderen und engeren Bedeutung.

Allein jus gentium kommt auch noch in einer an= deren und engeren Bedeutung als der des allgemei= nen Rechts=Verhältnisses aller lebenden vernünftigen Wesen unter sich vor. So

§. 2. J. de J. N. (1, 2.)

mit welchem auch Hermogenian's

Fr. 5. D. de just. et jur. (1, 1.)

zu vergleichen ist. „Jus autem gentium omni hu- „mano generi commune est. Nam usu exigente, „et humanis necessitatibus, gentes humanae quae- „dam sibi constituerunt: bella etenim orta sunt, „et captivitates secutae, et servitutes, quae sunt „naturali jure contrariae. Jure enim naturali om-

„nes homines ab initio liberi nascebantur." — Aber auch diese Bedeutung von jus gentium läßt sich wohl leicht auffassen, wenn wir bedenken, daß wo positive Gesetze wie bey einem einzelnen Volke zum Rechts-Schutz nicht hinreichten, und nicht anwendbar waren, unter allen Völkern durch gleiche Mittel der gleiche Zweck erreicht werden sollte. Durch die Rechtlosigkeit des Kriegs-Gefangenen als Sklaven sollte dem rechtlosen Zustande des Krieges vorgebogen werden. So heißt also jus gentium dasjenige, was unter allen Völkern als Rechts-Schutz gegen einen von den übrigen Völkern ihnen angedrohten rechtlosen Zustand galt. In diesem Sinne ist nun das jus gentium etwas aus dem jure gentium im weiteren Sinne des Worts Abgeleitetes. Letzteres bestimmte den Rechts-Zustand vernünftiger lebender Wesen überhaupt; ersteres den, in so weit sie sich in Stämme und Völker abgesondert hatten. Letzteres bestimmte den Rechts-Zustand als solchen an und für sich. Ersteres die Schutzmittel einzelner Völker in Beziehung auf den Rechts-Schutz gegen die übrigen. Wie sich daher das jus gentium im weiteren Sinne des Worts gegen das jus civile in Beziehung auf die in Ein Volk vereinigten verhält, so verhält sich dasselbe zum jus gentium im engern Sinne in Beziehung auf die verschiedenen Völker-Stämme, aber auch dieses ist Quelle des juris civilis.

§. 24.

Nähere Beleuchtung des Verhältnisses des juris naturalis und gentium zu dem jus civile.

Kein römischer Rechts-Gelehrter dachte je daran, etwas, was dem positiven römischen Rechte fremd war, etwa deßwegen als gültig anzuerkennen, weil

es dem jus naturale oder gentium gemäß seye. Aber die römische Rechts-Wissenschaft (im Sinne der französischen Jurisprudence) und das öffentliche Organ derselben, der Prätor, suchten wo möglich das jus naturale und das jus gentium mit dem jure civili auszugleichen. Denn im Gegensatze gegen erstere umfaßte das jus civile auch das jus praetorium und die responsa prudentum, welche nur wieder Unterarten des juris civilis im Gegensatze gegen das jus naturale und gentium bildeten.

§. 3. J. de J. N. (1, 2.)

§. 25.

Fortsetzung.

So wurde, wo die strenge buchstäbliche Anwendung des reinen positiven Rechts auf Ungereimtheiten, ja auf völlige Widersprüche mit dem jus naturale oder gentium geführt hätte, durch die aequitas naturalis — natürliche Billigkeit abgeholfen, d. h. das rein positive Recht wurde mit dem jus naturale oder gentium in Uebereinstimmung gesetzt. — Beispiele: die bonorum possessio, die actiones utiles, und die actiones in factum. Denn wie Billigkeit im heutigen Sinne des Worts nichts anderes als die Uebereinstimmung des Rechts mit dem Sitten-Gesetze bezeichnet, so die aequitas naturalis der Römer nichts anderes als die Uebereinstimmung des juris civilis mit dem juri naturali und gentium. Belege hiefür liegen unzählige vor. Viele führt Brisson

De verb. Signif. sub voce „*aequitas*" u. „*aequum*"

an, noch weit mehrere aber ließen sich anführen, es mag aber an diesen wenigstens für den vorliegenden Zweck genügen. So verfuhren also die römischen Rechts-Gelehrten synthetisch, während die späteren

philosophirenden Juristen analytisch. Welche Methode übrigens der andern vorzuziehen sey? ist eine Frage: deren Beantwortung hier zu weit führen würde. — Nur eine Andeutung sey mir erlaubt: Was hat dem römischen Rechte durch alle späteren Jahrhunderte theils als Hülfsrecht, theils als raison ecrite, denn übersetzbar ist dieser Ausdruck nicht, die Bahn gebrochen? Ich möchte antworten — die streng folgerechte Synthesis wenigstens in seinen frühern blühenden Zeiten. Der Schluß von der Synthesis auf die Analysis aber liegt nahe.

Zweite Abtheilung.

Von der Verbindlichkeit (*obligatio*) im Sinne des römischen Rechts überhaupt.

§. 26.

Was heißt obligatio im Sinne des römischen Rechts?

Daß es unmittelbare und mittelbare Pflichten gebe, und daß eine mittelbare Pflicht — Verbindlichkeit, Verbindlichkeit im engern Sinne des Worts aber eine mittelbare vollkommene Pflicht sey, haben wir bereits oben (§§. 8. 9. u. 11.) gesehen. Nun ist aber zu untersuchen: ob schon dem römischen Recht diese Eintheilung bekannt war? Daß nun die Römer eine aus dem Gesetz unmittelbar entspringende Verbindlichkeit eine obligatio genannt hätten, läßt sich nicht erweisen. Daß z. B. der Vater seine Kinder ernähre, die-

sen einen Pflichttheil hinterlasse, wird nirgends als obligatio des Vaters bezeichnet, sondern die Römer bedienten sich hier meistens der Zeitwörter „debet,“ „cogendus est,“ „necesse habet.“

§. 27.

Officium — als Bezeichnung einer unmittelbaren Pflicht. Belege.

a) Cicero.

Doch gebrach es auch ihrer Sprache nicht an einem einzelnen, die unmittelbare Pflicht bezeichnenden Ausdruck. Ein solcher ist nämlich „officium.“ Ich führe als Belege an

a) Cicero, de officiis, L. I. cap. 3.

„Omnis de officio duplex est quaestio. Unum „genus est, quod pertinet ad finem bonorum: al„terum, quod positum est in praeceptis, quibus in „omnes partes usus vitae confirmari possit. Su„perioris generis hujusmodi exempla sunt: om„niane officia perfecta sint? num quod officium „aliud alio majus sit, et quae sunt generis ejus„dem? Quorum autem officiorum praecepta tra„duntur, ea quamquam pertinent ad finem bono„rum, tamen id minus apparet, quia magis ad in„stitutionem vitae communis spectare videntur, de „quibus nobis his libris explicandum. Atque „etiam alia divisio est officii: nam et medium „quoddam officium dicitur et perfectum. Perfec„tum officium rectum, opinor, vocemus, quod „Graeci κατόρθωμα, hoc autem commune καθῆκον „vocant. Atque ea sic definiunt, ut, rectum quod „sit, id perfectum officium esse definiant, medium „autem officium id esse dicant, quod, cur factum „sit, ratio probabilis reddi possit.“

§. 28.

b) Seneca.

b) **Seneca, de Beneficiis, L. III. cap. 18.**
belehrt uns, daß schon seine Vorgänger zwischen beneficium, officium und ministerium auf folgende Weise unterschieden haben „ut *beneficium* esse di-„cerent, quod alienus det, qui potuerit sine re-„prehensione cessare: *officium* filii, uxoris et „aliarum personarum, quas necessitudo suscitet, „et ferre opem jubeat: *ministerium* servi, quem „conditio sua eo loco posuerit, ut nihil eorum, „quae praestet, imputet superiori." Denselben Unterschied zwischen beneficium und officium stellt er denn selbst

Controv. L. II. cap. 5.
auf: „Non est *beneficium* sed *officium*, facere quod „debeas, ut si filius patri dicat, se beneficium „dare."

§. 29.

c) Aulus Gellius.

c) Endlich noch

Aulus Gellius, Noct. Att. L. V. cap. 13.
„Seniorum hominum, et Romae nobilium, atque in „morum disciplinarumque veterum doctrina me-„moriaque praestantium, disceptatio quaedam „fuit, praesente et audiente me, de gradu atque „ordine officiorum; quumque quaereretur, quibus „nos ex prioribus potioribusque facere oporteret, „si necesse esset in opera danda faciundoque of-„ficio alios aliis anteferre, non constabat etc." — Doch es mag an diesen Stellen genügen, um zu beweisen, daß die Sprache der Römer einen einzelnen,

den Begriff einer unmittelbaren Verbindlichkeit bezeichnenden Ausdruck kannte.

§. 30.

Obligatio — im Gegensatz gegen officium.

Dagegen wurde, unerachtet wir eine Erklärung von „obligatio" wenigstens aus den blühenderen Zeiten der römischen Rechts-Wissenschaft vermissen, und die Erklärung des Justinianischen Rechts

pr. J. de oblig. (3, 13.)

der sehr gerechte Tadel trifft, daß sie gerade das wesentliche Merkmal, wodurch sich die obligatio von dem officium unterscheidet, nicht angibt, das Wort „obligatio" immer nur von einer solchen Pflicht gebraucht, welche nicht unmittelbar, sondern nur mittelst einer äußeren Begebenheit — einer That-Handlung oder eines That-Umstandes — also mittelbar aus dem Gesetze entspringt. Die Belege hiefür bietet

tot. tit. D. de V. O. et A. (44, 5.); tot. tit. J. de oblig. (3, 13.); quib. mod. re (3, 14.); de V. O. (3, 15.); de litt. oblig. (3, 21.); de cons. oblig. (3, 22.); de oblig. quasi ex contr. (3, 27.); de oblig. quae ex del. (4, 1.); de oblig. quae quasi ex del. (4, 5.).

Und somit entspricht also der Ausdruck „obligatio" dem teutschen „Verbindlichkeit" als einer mittelbaren Pflicht.

§. 31.

Obligatio in anderen Bedeutungen.

In welch verschiedenen Bedeutungen aber noch weiter das Wort „obligatio" in den römischen Rechts-Büchern vorkomme, hat wohl am vollständigsten der Universitäts-Actuar Riedel in Göttingen gezeigt,

zeigt, und es sey mir erlaubt, seinen Erfund, wie er in
v. Hugo, civil. Magazin, 5r Bd. S. 102—116.
eingerückt ist, hier abdrucken zu lassen.

§. 32.

Ausbeute der Forschung Riedels.

Obligatio.

„Im körperlichen, eigentlichen Sinne braucht das Corpus Juris unser Wort nicht. Bey Justin, 13, 7. und bey Firmicus Maternus findet sich linguae obligatio für den Zustand des Gebundenseyns, des Nichtgelöstseyns der Zunge."

„Hingegen in dem uneigentlichen oder figürlichen Sinne gibt es sechs verschiedene Hauptbedeutungen dieses Worts, da es in diesem Sinne nicht nur 1) die Begebenheit des Obligirens und 2) das daraus entstehende Verhältniß, sondern auch 3) die jene Begebenheit enthaltene Schrift bezeichnet, und dann in diesen drey Bedeutungen theils a) bey dem Obligiren einer Person, theils b) bey dem einer Sache gebraucht wird."

„I. Obligatio, für die obligatorische Begebenheit, für die Handlung des Obligirens genommen, heißt:

A. Das Obligiren einer Person, namentlich als Kunstwort, diejenige Begebenheit, woraus eine Forderung entsteht, z. B. ein Contract."

„Est autem gravior et difficilior animi et sententiae .... pro altero, quam pecuniae *oo*, Cic. *ad Brut.* 18. — Labeo definit, ... esse ... contractum ultro citroque *oonem* fr. 19. D. 50, 16. — Omnem *oonem* pro contractu habendam existimandum est fr. 20. D. 5, 1. — Ab emtione, venditione, locatione, conductione, ceterisque similibus *oonibus* fr. 58. D. 2, 14. — In his autem promissionibus, vel legatis, vel aliis *oonibus* const. 7. §. 6 C. 7, 39. — Nullum esse contractum, nullam *oonem*, quae non habeat in se conventionem fr. 1. §. 3. D. 2, 14."

„Nemo est, qui nesciat, alienas operas promitti posse, et fidejussorem adhiberi in ea *oone* fr. 5. D. 45, 2. — Adjicere aliquid *ooni* §. 11. I. 3, 19. (20.) — fr. 1. §. 3. D. 45, 1. — Licet significes, adjectum esse in *oone* c. 3. C. 8, 41. — Ex testamento potius agere, quam ex pristina *oone* fr. 11. D. 34, 3. — Ex hujusmodi *oonibus* actionem denegari fr. 27. pr. D. 45, 1. — Nudi consensus *oo* fr. 35. D. 50, 17. — Consilii non fraudulenti nulla *oo* est fr. 47. pr. D. 50, 17. — Ex *oone* conveniri Paul. S. R. 2, 13, 9. — In qua *oone* . . . . convenit fr. 21. pr. D. 20, 4. — Ex *oone* deberi §. 1. *I.* 3, 16. (17.) — fr. 48. pr. D. 23, 3. — Deducere aliquid in *oonem* §. 2. *I.* 3, 19. (20.) — fr. 17. D. 8, 1. — fr. 1. §. 8. D. 44, 7. — fr. 56. §. 6. D. 45, 1. — fr. 75. §. 1. 3. 6. et 8. et fr. 109. D. eod. — fr. 14. pr. D. 46, 2. — fr. 95. pr. D. 46, 3. — *Oo*, quae duos reos fecit fr. 9. §. 1. D. 45, 2. — *Oonem*, pactionem fecerunt fr. 20. D. 48, 10. — Infirmare *oonem* fr. 136. pr. D. 45, 1. — Societatem coire ad *oonem* innocentium fr. 1. §. 1. D. 48, 10. — Inventae sunt hujusmodi *oones* ad hoc §. 19. *I.* 3, 19. (20.) et fr. 38. §. 17. D. 45, 1. — Judicati velut *oo* fr. 3. §. 11. D. 15, 1. — Juris *oo* fr. 34. §. 1. D. 34. 2. — *Oonis* jure const. 3. C. 2, 4. Lex *oonis* fr. 108. D. 46, 3. — De literarum *oonibus* Rubr. *I.* 3, 21. (22.) — Debitum in literarum *oonem* transferre const. 6. C. Th. 2, 4. — Eodem genere *oonis* obligari fr. 8. §. 14. D. 16, 1. — Post *oonem* fr. 28. D. 42, 5. — Posterior *oo* fr. 125. D. 50, 16. — Nudus consensus sufficit *ooni* fr. 52. §. 9. D. 44, 7. — Ante tempus pactionis vel *oonis* §. 9. (10.) *I.* 4, 13. — Tenet *oo* §. 20. *I.* 3, 19. (20.) — fr. 9. §. 1. D. 24, 1. — Teneri te ex ea *oone* c. 8. C. 4, 26. — In *oonem* venire fr. 21. D. 45, 1. — Nisi proprie quid in persona eorum verbis *oonis* expressum est fr. 2. §. 12. D. 50, 8. — In verborum *oonibus* alius stipulatur, alius promittit. §. 3. *I.* 3, 22. (23.) — Cessante verborum *oone* *I.* 3, 21. (22.) — Verborum *oonem* concipere §. 12. *I.* 3, 19. (20.) — Verborum *oo* constat. fr. 3. §. 2. D. 44, 7. — Ut omnis sermo contineat verborum *oonem* fr. 1. §. 6. D. 45, 1. — Verborum *oonem* contrahere. Paul. S. R. 5, 7, 2. — const. 3. C. 8, 39. — c. 12. C. 8, 41. — Ex verborum *oone* deberi §. 1.

I. 3, 29. (30.) — Verborum *oonem* exstinguere c. 7. C. 7, 45. — Verborum *oo* intercedit c. 6. C. 5, 12. — c. 4. C. 5, 14. — Cod. Hermog. 4, 1. et Consultatio 4. — Si omissa verborum *oo* est c. 6. C. 2, 4. — Mutum nihil pertinere ad verborum *oonem* fr. 1. §. 14. D. 44, 7. — Ex verborum *oone* quaerere actionem c. 3. C. 4, 64. — Verborum *oo* resolvitur fr. 107. D. 46, 3. — Verborum *oonem* tollere fr. 8. §. 3. D. 46, 4. — fr. 35. D. 50, 17. — Transire in verborum *oonem* ex quacumque *oone* fr. 2. D. 46, 2. — Species vel quantitas, quae in *oone* versatur fr. 6. D. 12, 1. — In utraque tamen *oone* una res vertitur §. 1. *I.* 3, 16. (17.) — Vim *oonis* non habere fr. ult. D. 22, 3. — Nisi .... vim acceperit *oo* fr. 141. §. 7. D. 45, 1. — Vitiare *oonem* fr. 1. §. 1. et 3. et fr. 65. pr. D. 45, 1."

„B. Die Obligirung einer Sache, oder die Verpfändung."

„Adsentire venditioni vel *ooni* fr. 5. §. 11. D. 27, 9. — Antecedens *oo* c. 22. C. 8, 45. — Bonorum *oo* c. 2. C. 7, 73. — *Oonem* pignorum cessare fr. 34. §. 1. D. 20, 1. — Consensum *ooni* dare fr. 26. §. 1. D. 20, 1. — Consentire *ooni* c. 5. C. 4, 29. — *Oo* consistit c. 7. C. 3, 38. — *Oonem* pignoris non consistere c. 6. C. 8, 17. — Desiderata est alienatio vel *oo* fr. 5. §. 13. D. 27, 9. — Dissimulata *oone* fr. 3. §. 1. D. 47, 20. — *Oo* generalis fr. 6. et 8. D. 20, 1. c. 6. C. 8, 18. — Non solum hujusmodi *oone*, sed etiam .... alio quolibet modo rebus alienatis c. 12. C. 5, 16. — *Oo* insecuta est c. 13. C. 5, 16. — Interdicere alienationem vel *oonem* pr. *I.* 2, 8. — *Oonem* interponere fr. 12. §. 1. D. 20, 5. — Si pignoris *oo* aut venditio ab herede intervenerit c. 3. C. 6, 54. — Justa *oo* c. 1. C. 8, 23. — Nec pignoris *oonem* locum habere fr. 3. D. 15, 4. — *Oone* rite perfecta c. 4. C. 9, 34. — In *oone* pignoris sibi prospexit c. 2. C. 11, 29. — Cum sine *oone* pignoris pecuniam mutuo dedisset c. 9. C. 7, 32. — Generalem conventionem sufficere ad *oonem* pignorum fr. 29. pr. D. 20, 1. — Posterior *oo* c. 1. C. 9, 34. — Praecedente emtionem *oone* c. 10. C. 4, 31. — Prior *oo* fr. 21. pr. D. 20, 4. — Sub *oonibus* pecuniam

credere c. 2. C. 6, 31. — Sub *oone* fundi fr. 28. §. 1. D. 16, 1. — fr. 5. §. 10. D. 27, 9. — Tempore *oonis* c. 7. C. 4, 24. — Valet oo fr. 7. §. 5. et 6. D. 27, 9."

„II. Obligatio, für den aus der Obligirung entstandenen Zustand genommen, ist also:

A. Der aus der Obligirung einer Person entstandene Zustand, oder das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner (die obligatio personalis, wie sie fr. 11. D. 20, 6. im Gegensatze von der obligatio pignoris genannt wird), und zwar von beiden Seiten."

„1. Von Seiten des Gläubigers, oder das Recht des Gläubigers gegen seinen Schuldner."

„Adquirere *oonem* pr. (§. 1.) *I.* 3, 10. (11.) — §. 4. *I.* 3, 19. (20.) — *I.* 3, 28. (29.) in der Rubrik. — fr. 9. §. 8. D. 14, 1. — fr. 5. §. ult. D. 13, 5. — fr. 11. §. 1. D. 22, 1. — fr. 46. pr. D. 23, 3. — fr. 56. §. 2. et fr. 95. D. 45, 1. — fr. 126. §. 2. eod. zweimal. — fr. 141. §. 3. eod. — fr. 1. §. 2. fr. 5. et fr. 28. pr. D. 45, 3. — fr. 22. D. 46, 3. — fr. 5. D. 46, 6. — const. 1. C. 3, 32. — const. 1. C. 4, 27. — *Oo* adversus aliquem fr. 9. §. 3. D. 12, 2. — fr. 21. §. 2. D. 46, 1. zweimal. — fr. 8. §. 4. D. 46, 4. — *Oonis* capax fr. 12. D. 45, 3. — fr. 98. §. 7. D. 46, 3. — *Oo* communis fr. 34. §. 1. D. 46, 3. — *Oonem* comparare fr. 2. §. 5. D. 12, 2. — *Oo* alicui competit c. 30. C. 4, 65. — alicui et adversus aliquem fr. 31. §. 5. D. 21, 2. — *Oones* concedere fr. 21. D. 50, 16. — Non est novum, ut duae *oones* in ejusdem persona de eadem re concurrant fr. 10. D. 19, 1. — In den folgenden Worten dieser Stelle werden obligatio und actio gleichbedeutend gebraucht. — Si duo rei sint stipulandi et alter alterum heredem scripsit, videndum, an confundatur oo? fr. 93. pr. D. 46, 3. — *Oones*, quas adeundo confudit, non restituuntur. fr. 29. §. 1. D. 49, 14. — *oones* confusas non resuscitari fr. 29. §. 2. eod. — *Oo* contra aliquem fr. 47. pr. D. 46, 1. — Redire in *oonem* creditorum fr. 30. D. 44, 7. — oo cum aliquo fr. 21. §. 2. D. 46, 1. — Filius

paciscendo aut debitum accipiendo, nihil detrahit patris *ooni* c. 23. C. 2, 3. — In Lege Falcidia hoc esse servandum, Julianus ait, ut, si . . . duo rei stipulandi fuerint, ... dividi inter eos debere *oonem* fr. 62. pr. D. 35, 2. — *Oonem* habere fr. 5. in f. D. 46, 1. — *Oo* in aliquem fr. 21. §. 3. et fr. 72. D. 46, 1. — A persona heredis *oo* incipere non potest. Caii Inst. II, 9, 7. — ut incipiat quidem contra morientem *oo*, immineat autem heredibus ejus c. ult. pr. C. 8, 38. — Jus *oonis* incorporale est. §. 2. I. 2, 2. et fr. 1. §. 1. D. 1, 8. — jus *oonis* sibi quaerere c. 2. C. 4, 2. — in alium transferre c. un. C. 8, 27. et c. 5. C. 8, 43. — vendere fr. 5. §. 2. D. 20, 6. — *Oo* legata fr. 34. pr. D. 32. — suam *oonem* novare fr. 3. fr. 4. et fr. 16. D. 46, 2. — Paratam *oonem* exercere c. 2. C. 8, 38. — tollere c. 17. C. 8, 43. — Quia in causam dotis particeps et quasi socia *oonis* patri filia esset fr. 34. §. 6. D. 46, 3. — Alter debitum accipiendo, ... omnium perimit *oonem* §. 1. *I.* 3, 16. (17.) — unius acceptilatione perimi utriusque *oonem.* fr 31. §. 1. D. 46, 2. — Non solum hereditarias actiones, sed etiam eas *oones,* quas ipse heres constituit, dicendum erit, praestari emtori debere fr. 2. §. 8. D. 18, 4. — adversus ipsum *oonem* debet praestare, fr. 64. §. 4. D. 24, 3. — Quaerere alicui *oonem* fr. 126. §. 2. D. 45, 1. — c. un. C. 4, 36. — c. 19. C. 5, 12. — c. 3. C. 7, 60. — Restituere alicui *oonem* fr. 8. §. 11. D. 16, 1. — alicui u. adversus aliquem fr. 8. §. 2. eod. — ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt, sive *oones* fr. 10. §. 22. D. 42, 8. — Petitione, acceptilatione unius, tota solvitur *oo* fr. 2. D. 45, 2. — Non alterius nomine ei solvitur, sed suae *oonis* fr. 128. D. 45, 1. — Si reus stipulandi, exstiterit heres rei stipulandi duas species *oonis* sustinebit fr. 5. in f. D. 46, 1. s. auch fr. 13. in f. D. 45, 2. — In heredes transit *oo* fr. 76. pr. D. 45, 1. — Imo et causa naturalium *oonum* transit fr. 40. pr. D. 36, 1. — Multum interest, sub conditione aliqua *oo* veneat, an, cum ipsa *oo* sub conditione sit, pure veneat fr. 19. D. 18, 4. — quanti ea spes *oonis* venire possit fr. 73. §. 1. D. 35, 2. — Eodem modo vinculum *oonum* solvitur, quo quaeri adsolet fr. 46. D. 41, 2."

„2. Von Seiten des Schuldners, oder die Pflicht des Schuldners gegen den Gläubiger."

„*Oo* tua adversus me fr. 36. D. 12, 1. — Dare quis hypothecam potest, sive pro sua *oone*, sive pro aliena. fr. 5. §. 2. D. 20, 1. — Pro aliena *oone* se illigare c. 22. C. 4, 29. — Alienam *oonem* recipere fr. 8. §. 1. D. 16, 1. — resolvere c. 1. C. 5, 75. — suscipere fr. 2. §. 5. et fr. 13. pr. D. 16, 1. — c. 1. c. 16. et c. 18. C. 4, 29. — *Oo* coheredis fr. 49. §. 1. D. 46, 1. — Confunditur *oo* fr. 21. §. 4. D. 46, 1. — fr. 39. §. 1, 2. et 3. D. 46, 3. — *Oo* debitoris fr. 18. §. 1. et fr. 31. §. 3. D. 39, 6. — *Oo* fidejussoris fr. 21. D. 46, 1. — *Oonis* onus fr. 67. D. 3, 3. — fr. 48. §. 1. D. 46, 1. — Cum ex duobus ... ejusdem *oonis* participibus uni accepto fertur fr. 16. pr. D. 46, 4. — *Oo* rei (d. h. debitoris) fr. 5. D. 46, 1. — fr. 95. §. 3. D. 46, 3. — *Oonem* suscipere fr. 3. D. 12, 7. — fr. 50. §. 2. D. 15, 1. — fr. 19. §. 2. D. 16, 1. — fr. 45. §. 2. D. 17, 1. — fr. 9. §. 1. D. 45, 2. — c. 5. C. 4, 2. — c. 10. C. 4, 35."

„3. In den allermeisten Stellen, in welchen obligatio das Rechts-Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner heißt, wird es nicht ausschließend bloß von der einen Seite des Verhältnisses genommen, z. B.

„Aditione hereditatis confunditur *oo* fr. 59. pr. et fr. 80. D. 36, 1. — fr. 71. pr. D. 46, 1. — fr. 95. §. 2. D. 46, 3. — *Oones* aut ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio aut quasi ex maleficio. §. 2. I. 3, 13. (14.). — *Oones* aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut . . . ex variis causarum figuris fr. 1. pr. D. 44, 7. — Si quis tutelam . . . . . vel quid aliud, unde *oo* oritur, . . . administravit fr. 19. §. 1. D. 5, 1. — Verba, ex quibus *oo* oritur fr. 126. §. 2. D. 45, 1."

„In sehr vielen Stellen fließen die beiden Bedeutungen, der Obligirung und des daraus entstandenen Verhältnisses, wegen der wesentlichen Beziehung, in welcher diese beiden Begriffe zu einander stehen, und da auch selbst das Verhältniß obligirend ist, so in einander, daß

sie beide gleich gut oder zusammen angenommen werden können. Z. B.

Oo est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae pr. I. 3, 13. (14.) — *Oonum* substantia . . . in eo consistit, ... ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid etc. fr. 3. pr. D. 44, 7. — *Oonem* contrahere §. 2. I. 2, 8. — pr. I. 3, 14. (15.) — pr. et §. 1. I. 3, 15. (16.) — §. 1. I. 3, 21. (22.) — §. 18. et 23. I. 3, 19. (20.) — §. 1. I. 3, 20. (21.) — §. 1. I. 3, 22. (23.) — §. 4. I. 3, 29. (30.) — Ab *oone* discedere fr. 30. D. 46, 2. — Dissolvere *oonem* §. 1. I. 3, 29. (30.) — §. 3. I. 4, 13. — fr. 89. pr. D. 46, 3. — Evanescit *oo* c. 5. C. 8, 43. — Exstinguitur *oo* fr. 82. pr. D. 30. — fr. 21. §. 1. D. 34, 3. — fr. 9. §. 2. D. 40, 7. — fr. 3. pr. D. 42, 6. — fr. 140. §. 2. D. 45, 1. — Solvitur *oo* §. 1. I. 3, 29. (30.) — fr. 6. §. 1. D. 18, 1. — fr. 28. §. 6. et fr. 31. §. 4. D. 34, 3. — fr. 80. D. 46, 3. — Solutio *oonis* fr. 54. §. 1. D. 45, 1. — Libertus *oone* solvitur fr. 23. D. 38, 1. — Pauli S. R. II. 32, 1."

„Zu bemerken sind auch die Ausdrücke: acceptam facere *oonem* fr. 12. §. 2. D. 23, 4. et accepto ferre *oonem* fr. 43. §. 1. D. 23, 3. — c. 15. D. 8, 41. Acceptum oder accepto facere u. ferre wird nämlich sonst gewöhnlich von der Sache, die man zu fordern hat, gebraucht. Indessen kommt doch auch accepto ferre stipulationem vor, und wir sagen ja auch im Deutschen: Forderungen eintreiben, Schulden bezahlen u. s. w."

„Endlich ist besonders auch der Sprachgebrauch merkwürdig, wornach man glauben könnte, auch die Sache, die jemand schuldig ist, sey obligirt. Hieher gehören folgende Stellen:

In *oone* consistere fr. 9. §. 2. D. 40, 7. — Dos in *oone* constituta c. 1. Cod. Greg. II. 5. — Residua centum durabunt in *oonem* fr. 82. D. 35, 2. — In *oone* esse fr. 10. D. 13, 4. — fr. 112. pr. D. 45, 1. — fr. 14. pr. D. 46, 2. — In *oone* manere fr. 11. §. 1. D. 31. — fr. 24. D. 34, 3. — fr. 13. §. 6. D. 46, 4. — In *oone* remanere fr. 34. §. 2. D. 34, 2. — fr. 9. §. 1. et fr. 98. §. 5. D. 46, 3. — In *oonem* revocare fr. 83. §. 5. D. 45, 1. — Hieher gehören auch die Ausdrücke: obligatio debiti im

fr. 15. D. 49, 15. — dotis fr. 66. §. 5. D. 24, 3. — legati fr. 82. D. 30. — nominis fr. 34. pr. D. 32. — operarum fr. 15. §. 1. fr. 34. fr. 41. D. 38, 1. et fr. 13. pr. D. 46, 4. — pecuniae fr. 126. §. 2. D. 45, 1. Cicero *ad Brutum*. 18. — poenae c. 2. C. Th. 2, 33. et fr. 56. pr. D. 47, 2. — solidi fr. 1. §. 20. D. 14, 1. — sortis fr. 18. §. 3. D. 13, 5. ususfructus fr. 5. D. 7, 1. — usurarum fr. 40. D. 12, 1. et fr. 8. D. 13, 4. ꝛc. Damit hängt noch zusammen, daß auch die Ausdrücke solvere, solutio etc. nicht bloß von der obligatio selbst und von den Personen bey derselben (auch vom Gläubiger s. z. B. fr. 31. pr. D. 12, 1.), sondern auch von diesem entfernten oder mittelbaren Gegenstande der obligatio gebraucht werden."

„B. Der aus der Verpfändung entstandene Zustand, oder das Verhältniß zwischen dem Pfand-Gläubiger und der verpfändeten Sache; und zwar auch wieder:

„1. Von Seiten des Pfand-Gläubigers, das Recht des Pfand-Gläubigers an der verpfändeten Sache, das Pfand-Recht."

„Adquirere pignoris *oonem* u. *oonem* schlechtweg. fr. 11. §. 6. D. 13, 7. — *Oonem* pignoris amittere c. 6. C. 8, 26. — Pignoris *oonem* habere fr. 3. pr. D. 27, 9. et fr. 35. §. 1. D. 39, 5. — *Oonem* habere fr. 12. §. 12. D. 49, 15. — De jure *oonis* pignorum agere c. 9. C. 8, 41. — Exequi jus *oonis* pignorum c. 8. C. 4, 35. — Pignoris *oonem* quaerere c. 16. C. 8, 14. — *Oonem* quaerere c. 1. C. 8, 21. — *Oo* tua c. 4. C. 8, 17."

„2. Von Seiten der verpfändeten Sache, oder der Zustand des Verpfändetseyns."

„Fundum in *oonem* dare u. deducere fr. 30. §. 1. D. 44, 2. — Pignora in *oonem* deducta c. 2. C. 4, 35. — Item liberatur pignus, ... si qua ratione *oo* ejus finita est fr. 6. pr. D. 20, 6. — *Oo* inhaesit fr. 2. D. 27, 9. — Cum . . . pignus ab *oone* liberatum sit c. 1. C. 8, 28. — In veterem *oonem* reverti fr. 12. §. 12. D. 49, 15. — Bona . . . . in *oonem* venire c. 4. C. Th. 3, 17. et c. 2. C. 5, 35."

„3. Von beiden Seiten.

„*Oonem* pignoris constituere c. 4. C. 8, 26. — *Oonem* pignoris contrahere fr. 4. D. 20, 3. — c. 2 C. 8, 26. — Dissolvere *oonem* c. 10. C. 8, 26. — pignoris *oonem* c. 2. C. eod. et fr. 69. D. 46, 3. — Pignoris *oonem* durare fr. 7. §. 6. D. 24, 1. — *Oo* semel extincta instaurari non potest c. 9. C. 8, 26. — Videtur finita esse pignoris oo fr. 24. pr. D. 13, 7. — Manent omnes *oones* integrae fr. 5. §. 2. D. 20, 6. — Pignoris *oo* obligatur fr. 23. §. 1. D. 20, 1. — Pignoris atque fiduciae *oo* perseveret c. 9. C. Th. 15, 14. — Pignoris *oonem* remittere fr. 11. D. 20, 6. c. 1. C. 8, 26. In den meisten von diesen Stellen kann obligatio auch die Verpfändung heißen."

„III. Obligatio heißt auch die Schrift, worin die obligatorische Begebenheit enthalten ist, und zwar

A. die die Obligirung einer Person enthaltende Schrift."

„Sin vero suam manum fateatur obnoxius, sed nihil sibi numeratum pro hac *oone* causetur c. 1. §. 3. C. Th. 2, 27. — *Oonem* repetere c. 7. C. 4, 30. — Man könnte etwa auch das condicere obligationem im fr. 1. pr. D. 12, 7. hieher rechnen. Indessen will dieser Ausdruck wohl dasselbe sagen, was agere oder condicere, ut obligatio accepto fiat, oder ut liberer per acceptilationem und ähnliche s. z. B. fr. 3. D. 12, 7. — fr. 46. pr. D. 23, 3. — fr. 3. §. 3. D. 34, 3. — c. un. C. 2, 5. — c. 15. C. 8, 41. Tabulae *oonis* c. 6. C. 8, 41.

B. Der Pfandbrief.

Oo praediorum. Vielleicht gehört hieher auch fr. 28. D. 48, 10. Si a debitore, praelato die pignoris, *oo* mentiatur, falsi crimini locus est."

§. 33.

Obligatio als besonderes Rechts-Verhältniß.

Da aber, wo von dem Rechte der Verbindlichkeiten, d. h. von dem besondern aus Verbindlichkeiten entspringenden Rechts-Verhältniß die Rede ist, bezeichnet „obligatio" immer nur das auf eine Bege-

benheit gegründete Verhältniß zwischen mehreren Personen, wonach einer dem andern oder jeder dem andern etwas Bestimmtes zu leisten, zu geben, oder zu thun verpflichtet ist.

§. 34.

Eintheilung der Verbindlichkeiten im engeren Sinne des Worts (obligationum juris civilis).

Ueber die Eintheilung der Verbindlichkeiten des positiven Rechts scheinen sich die römischen Rechts-Gelehrten nicht vereinigt zu haben. Noch Gajus

Fr. 1. pr. D. de O. et A. (44. 7.)

kennt nur „obligationes ex contractu aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris," unter welchen er also alle andern begreift. Modestins

Fr. 42. D. ej. tit.

unlogischer Eintheilung will ich nur kurz erwähnen. Doch scheint Gajus

Fr. 5. D. ej tit.

zu der nachherigen Eintheilung des Justinianischen Rechts,

§. 2. J. de O. (3, 13.)

in a) obligationes ex contractu, Verbindlichkeiten aus Verträgen, d. h. einer freyen Uebereinkunft Mehrerer über ein bestimmtes Rechts-Verhältniß;

b) obligationes ex quasi contractu — Verbindlichkeiten aus einseitigen, übrigens in der Absicht des Verbindlichmachens oder des Verbindlichwerdens unternommenen Thathandlungen;

c) obligationes ex $\frac{\text{delicto}}{\text{maleficio}}$ — Verbindlichkeit aus unerlaubten Thathandlungen, welche als Verbrechen oder Vergehen erscheinen; und

d) obligationes ex quasi delicto / maleficio — Verbindlichkeiten aus einseitigen an und für sich nicht unerlaubten, und nicht in der Absicht des Verbindlichmachens oder Verbindlichwerdens unternommenen Thathandlungen, — den Grund gelegt zu haben.

Dritte Abtheilung.

Von der natürlichen Verbindlichkeit (*naturalis obligatio*) im Sinne des römischen Rechts.

§. 35.

Begriff des römischen Rechts von der naturalis obligatio.

a) Paulus.

Ueber naturalis obligatio finden wir mehrere Erklärungen, nämlich a) von Paulus

Fr. 10. D. de O. et A. (44, 7.)

„*Naturales* obligationes non eo solo aestimantur, „*si actio aliqua earum nomine competit:* verum „etiam eo, *si soluta pecunia repeti non possit.*“

§. 36.

b) Julian.

b) Von Julian

Fr. 16. §. 4. D. de fidej. et mand. (46, 1.)

„Naturales obligationes non eo solo aestimantur, „*si actio aliqua earum nomine competit:* verum „etiam *cum soluta pecunia repeti non potest.* „Nam licet minus proprie debere dicantur natura-

„les debitores: per abusionem intelligi possunt de-
„bitores: et qui ab his pecuniam recipiunt, debi-
„tum sibi recepisse.“

§. 37.

c) Theophilus der Paraphrast.

c) Von dem Paraphrasten und sehr wahrscheinlichen Mitarbeiter an der Justinianischen Gesetzgebung Theophilus

Paraphr. Instit. L. II. tit. 20. §. 1. Ed. Reitz, Tom. II. p. 663.

„Τῶν ἐπερωτήσεων ἀι μὲν
„ἐισι πολιτικαὶ, ἀι δὲ φυσι-
„καὶ, πολιτικαὶ μὲν, ἐξ ὧν
„τίκτονται ἀι ἀγωγαὶ, ἀὶ κι-
„νούμεναι κατὰ τοῦ ἐνόχου
„γενομένου, καταδικάζεσθαι
„ἀυτὸν κατασκευάζουσι· καὶ
„καταβολὴ γινομένη ἐξ
„ἀυτῶν ὀυκ ἐπιδέχεται ῥε-
„πετιτίωνα· ἐι γὰρ ἄκων ὁ
„γενόμενος ὑπεύθυνος ἀπαι-
„τεῖται, καταβαλὼν ὀυ δυ-
„νήσεται ῥεπετιτεύειν· Φυ-
„σικαὶ δέ ἐισιν, ἅιτινες ὀυ-
„δὲ ἀγωγὴν τίκτουσιν, ὀυδὲ
„καταδίκην ἐπάγουσι· δύο
„μέντοι γνωρίσματά ἐστι ἐυ-
„ρεῖν ἐν ἀυταῖς τὸ τὴν κατα-
„βολὴν γινομένην μὴ ἐπιδέ-
„χεσθαι ῥεπετιτίωνα etc.“
(Die Fortsetzung beim §. 91.)

„Stipulationum aliae
„sunt *civiles*, aliae *na-*
„*turales*: *civiles* qui-
„dem, *ex quibus actio-*
„*nes nascuntur*, *quae*
„*adversus obligatum*
„*motae efficiunt, ut con-*
„*demnetur: ac solutio*
„*ex iis facta repetitio-*
„*nem haud recipit:* nam
„si a reo invito quid ex-
„igitur, is solvens repe-
„tere non poterit. *Natu-*
„*rales* autem sunt, *quae*
„*neque actionem pari-*
„*unt, neque condemna-*
„*tionem inferunt.* Duo
„tamen insignia in his
„invenire licet, sc. *quod*
„*solutio facta repetitio-*
„*nem non recipiat.*“

Befremdend scheint zwar, daß Theophilus in dieser Stelle sich des Ausdrucks ἐπερώτησις „stipulatio“ statt ἐνοχὴ „obligatio“ bedient hat. Allein daß er sich des Worts ἐνοχὴ bedienen wollte, ist schon aus dem ganzen Zusammenhange, sodann aber auch noch aus dem Verfolge dieser Stelle (vergl. unten §. 91.), wo er sich des Ausdrucks ἐνοχὴ wirklich bedient, klar. Auch ist die Verwechslung beider Ausdrücke und der hieraus entstandene Schreibfehler sehr erklärlich und verzeihlich, wenn man erwägt, daß Theophilus kaum vorher den Titel de inutilibus stipulationibus paraphrasirt hatte, ihm somit das Wort ἐπερώτησις sehr geläufig war.

§. 38.

Nähere Beleuchtung dieser Stellen.

Schon Paulus und Julian belehren uns nun, daß die römischen Rechts-Gelehrten eine obligationem nur dann naturalem nannten, wenn sie irgend eine Wirkung in Beziehung auf das positive Recht hatte, sey es nun, daß diese Wirkung die volle, daß der Abtrag der Verbindlichkeit auch mittels einer Klage gefordert, oder nur eine beschränkte seye, wonach nur der freiwillig geleistete Abtrag nicht mehr zurückgefordert werden kann. Schon aus diesen Stellen aber können wir uns die wichtige Lehre entnehmen, daß das römische Recht eine nichtige Verbindlichkeit d. h. eine solche, welche lediglich keine rechtlichen Folgen hatte, mit dem Ausdruck „naturalis obligatio“ nicht beehrte, sondern daß die — wenn auch beschränkte — positiv rechtliche Wirksamkeit ein wesentliches Merkmal der naturalis obligatio im Sinne des römischen Rechts ist.

§. 39.

Fortsetzung und Erklärung des Fr. 84. §. 1. D. de R. J. (50, 17.)

Damit stimmt nun auch der, die verschiedenen Arten der naturalis obligatio nach folgendem Schema

Naturalis obligatio sensu latiori
est
aut — aut
civilis — naturalis sensu strictiori

logisch classifizirende Theophilus überein: Er nennt nämlich diejenige Art der naturalis obligatio im Sinne Paulus und Julians, welcher die volle Wirksamkeit zukommt, obligatio civilis, diejenige aber, welcher nur die beschränkte — obligatio naturalis sensu strictiori, in specie, oder κατ' ἐξοχήν. Wesentliches Merkmal der obligatio civilis ist ihre Klagbarkeit und die hierdurch herbeizuführende Nöthigung des Verbindlichen zu Leistung des Abtrags. Wesentliches Merkmal der obligatio naturalis in specie ist, daß der freiwillillig geleistete Abtrag nimmer zurückgefordert werden kann. Klar wird uns nun auch die Stelle **Ulpians**

Fr. 84. §. 1. D. de R. J. (50, 17.)

„Is *natura* debet, quem *jure gentium* dare oportet, cujus fidem secuti sumus," denn daß Ulpian hier die obligatio naturalis in specie (welche ich künftig immer nur obligatio naturalis nennen werde) im Auge hatte, unterliegt wohl keinem Zweifel, und in Beziehung auf diese behauptet er, daß, wenn gleich der Verbindliche nach positivem Recht zu Leistung des Abtrags nicht angehalten werden könne, dennoch in Beziehung auf den allgemeinen Rechts-

Begriff und das allgemeine Rechts-Gefühl eine innere Nöthigung vorliege.

§. 40.

Fortsetzung und nähere Beleuchtung des Fr. 16. §. 4. D. de fidej. et mand. (46, 1.) der Fr. 10. und 118. D. de V. S. (50, 16.)

Ganz richtig bemerkt daher auch Julian (§. 36.): daß man die naturales debitores, d. h. die debitores ex naturali obligatione (das Wort debitor natürlich hier im allgemeinsten Sinne des Worts — als jeden Verbindlichen bezeichnend, wie dessen Gegensatz, creditor von Gajus

Fr. 11. D. de V. S. (50, 16.)

„*Creditorum* appellatione non *hi tantum* accipiun„tur, *qui pecuniam crediderunt: sed omnes*, „*quibus ex qualibet causa debetur*" genommen) den debitoribus im engern und strengern Sinne des Worts, in welchem es z. B. Modestin gebraucht

Fr. 108. D. de V. S. (50, 16.)

„*Debitor* intelligitur *is, a quo invito exigi pecu*„*nia potest*" nicht beizählen könne, sondern daß solche nur debitores im weiteren Sinne des Worts (abusive) genannt werden können; und das Gleiche behauptet im Gegensatze Ulpian

Fr. 10. D. ej. t.

„Quodsi *natura* debeatur, non sunt *creditores*" nämlich im engern und strengern Sinne des Worts, welcher hier offenbar aus Julians obiger Stelle (§. 36.) zu erläutern ist.

§. 41.

Ist eine Verbindlichkeit, welche durch eine zerstörliche Einrede entkräftet werden kann, eine obligatio civilis?

Eine besondere Untersuchung verdient nun die Frage: ob eine Verbindlichkeit, welche durch eine zerstörliche Einrede entkräftet werden kann, als obligatio civilis angesehen werden könne? darüber Paulus

Fr. 112. D. de R. J. (50, 17.)

„Nihil interest, ipso jure quis actionem *non ha-*
„*beat, an per exceptionem summoveatur*“ mit welchem auch Ulpian

Fr. 10. D. de V. S. (50, 16.)

„Creditores accipiendos „esse constat eos, qui„bus debetur ex quacum„que actione, vel per„secutione vel jure civili, „*sine ulla exceptionis* „*perpetuae remotione* „vel honorario vel ex„traordinario“ — und Paulus

Fr. 55. D. de V. S. (50, 16.)

„Creditor autem est is, „qui exceptione perpe„tua summoveri non „potest“ —

Fr. 42. §. 1. de O. et A. (44, 7.)

„Creditores (nämlich im „engern und strengern „Sinne des Worts §. 40.) „eos accipere debemus, „qui aliquam actionem „vel civilem habent, (*sic* „*tamen, ne exceptione* „*summoveantur,* vel ho„norariam (actionem) „vel in factum.“ Julian

Fr. 66. D. de R. J. (50, 17.)

„Marcellus: desinit de„bitor esse is, qui nactus „est exceptionem ju„stam, nec ab aequitate „naturali abhorrentem.“

übereinstimmen. Allein auf der andern Seite ist auch wieder wohl zu erwägen, daß eine solche Verbindlichkeit, wenn der debitor seiner Einrede sich nicht bedient, eine obligatio civilis werden könne, was somit ganz in die Willkür des Schuldners (auch dieses Wort hier im allgemeinsten

gemeinsten Sinne als jeden Verbindlichen bezeichnend genommen) gestellt ist. Nur von diesem hängt es ab, ob sie obligatio civilis seyn, oder vielmehr, ob sie es durch Unterdrückung der Einrede werden solle?

§. 42.

Oder eine obligatio naturalis?

Ob aber eine obligatio naturalis? davon

Marcian, Fr. 60. pr. D. de cond. indeb. (12, 16.)

„Qui exceptionem perpetuam habet, solutum *per errorem* repetere potest.“ Pomponius Fr. 50. D. ej. tit.

„Quod quis *sciens* indebitum dedit hac mente, ut postea repeteret, repetere non potest.“

Ulpian, Fr. 1. §. 1. D. de cond. ind. (12, 6.)

„Si quis indebitum *ignorans*, solvit, per hanc actionem *condicere potest:* sed si *sciens se non debere* solvit, *cessat repetitio*.“

Fr. 26. §. 7. D. ej. tit.

„Indebitum autem solutum accipimus, non solum, si omnino non debeatur, *sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat,* quare hoc quoque repeti potest, *nisi sciens se tutum exceptione solvit.*“ Sämmtlich diese Stellen drücken nämlich die Regel aus, daß derjenige, welchem eine zerstörliche Einrede zustehe, wenn er wissentlich dieselbe nicht beachtend den Abtrag der Verbindlichkeit geleistet habe, denselben nicht mehr zurückfordern könne; daß aber, wenn er nur aus Irrthum oder Unwissenheit, und zwar gleichviel, ob der Irrthum oder Unwissenheit ein thatsächlicher oder Rechts-Irrthum — Unkenntniß des Rechts — war, nach Papinian

Fr. 7. D. de jur. et facti ign. (22, 6.)

„Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, *suum vero petentibus non nocet.*“ und

Fr. 8. D. ej. tit.

„Error facti ne maribus quidem in damnis vel „compendiis obest: juris autem error nec faeminis „in compendiis prodest: *Caeterum omnibus juris „error in damnis amittendae rei suae non nocet*“ — den Abtrag geleistet, ihm noch Zurückforderungs-Recht zustehe.

§. 43.

Fortsetzung.

Aber diese Regel hat auch ihre Ausnahmen. Es belehrt uns nämlich

a) Pomponius und Marcian

Pomponius	Marcian
Fr. 19. pr. D. de cond. indeb. (12, 6.)	Fr. 40. D. de cond. ind. (12, 6.)
„Si *poenae causa ejus, „cui debetur debitor li-„beratus est, naturalis „obligatio manet:* et „ideo solutum repeti non „potest.“	„Sed hoc non est perpe-„tuum: nam si quidem „ejus causa exceptio da-„tur, cum quo agitur, „solutum repetere pot-„est: ut accidit in SCto „de intercessionibus: *ubi „vero in odium ejus, cui debetur, exceptio „datur, perperam solutum non repetitur;* veluti „si filiusfamilias contra Macedonianum mutuam „pecuniam acceperit, et paterfamilias factus sol-„verit, non repetit.“

und als positiven Grund dieser Ausnahme führt Ulpian

Fr. 9. §. 4. D. de SCto Maced. (14, 6.)

den an: „quia ob poenam creditorum actione li-„berantur, non quoniam exonerare eos lex voluit.“ Diese Ausnahme findet nun aber, wie ich freilich hier nur im Vorübergehen bemerken kann, bloß bey dem SCtum Macedonianum statt.

§. 44.

Fortsetzung.

Eine weitere Ausnahme aber bietet

b) der

§. 7. J. de oblig. quasi ex contr. (3, 27.)

„Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, „quod per errorem non debitum solutum sit. Sic „namque definierunt veteres, *ex quibus causis in-* „*fitiando lis crescit, ex iis causis non debitum* „*solutum* repeti non posse: veluti ex lege Aquilia, „item ex legato. Quod veteres quidem in iis le- „gatis locum habere voluerunt, quae certa consti- „tuta, per damnationem cuicumque legata fuerunt. „Nostra autem constitutio, quum unam naturam „omnibus legatis et fideicommissis indulsit, hujus- „modi augmentum in omnibus legatis et fideicom- „missis extendi voluit: sed non omnibus legatariis „praebuit, sed tantummodo in iis legatis et fidei- „commissis, quae sacrosanctis ecclesiis, et caeteris „veneralibilibus locis, quae religionis vel pietatis „intuitu honorificantur, derelicta sunt: quae si „indebita solvantur, non repetuntur."

§. 45.

Fortsetzung. Erläuterung des §. 7. J. de oblig. quasi ex contr. (3, 27.)

Eben diese Stelle bedarf einer genaueren Erläuterung. Den Satz: daß der Abtrag einer Verbindlichkeit, auch wenn er nur aus Irrthum oder Unwissenheit einer dem Schuldner zustehenden Einrede geleistet worden, dann nicht zurückgefordert werden könne, wenn der Gläubiger im Läugnungsfall den gedoppelten Betrag hätte ansprechen können, finden

wir auch in einem Rescript der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 4. C. de cond. indeb. (4, 5.)

„Ea, quae per inficiationem in lite crescunt, *ab* „*ignorante etiam indebita soluta repeti non pos-* „*se,* certissimi juris est.“ Allein nun fragt sich: in welchen Fällen konnte im Läugnungsfall der doppelte Betrag angesprochen werden? Was nun das Vor-Justinianeische Recht betrifft, so beantworten uns Gajus und Paulus die Frage auf folgende Art:

Paulus, Rec. Sent. (1, 19.)

„Quaedam actiones si a „reo inficientur, duplan- „tur: velut judicati, de- „pensi, legati per dam- „nationem relicti, damni „injuria legis Aquiliae, „item de modo agri, cum „a venditore emptor de- „ceptus est.“

Gajus, Comment. L. IV. §. 9. p. 300.

„Rem vero et poenam „persequimur velut ex „his causis, ex quibus „adversus infitiantem in „duplum agimus, quod „accidit per actionem „judicati depensi, damni „injuriae — legatorum „nomine, quae per dam- „nationem certe (die Verbesserung in certa scheint mir auf keinem haltbaren Grunde zu beruhen) relicta sunt.“ und

§. 171. p. 392. u. 393.

„*** dupli ******** velut, si judicati aut depensi, „aut damni injuriae aut *legatorum per damnatio-* „*nem relictorum nomine* agatur.“ Vergleichen wir nun damit das Justinianeische Recht, nämlich den

§. 23. J. de act. (4, 6.)

„In duplum agimus: velut furti nec manifesti, „damni injuriae ex lege Aquilia, depositi ex qui- „busdam casibus. Item servi corrupti, item ex le- „gato, quod venerabilibus locis relictum est.“ und die nothwendige Erläuterung dieses Paragraphen

§. 26. J. ej. tit.
„Sed furti quidem nec manifesti actio, et servi „corrupti, a caeteris, de quibus simul loquuti su- „mus, eo differunt, quod hae actiones *omnimodo* „dupli sunt: at illae id est, *damni injuriae ex* „*lege Aquilia, et interdum depositi, inficiatione* „*duplicantur: in confitentem* autem in *simplum* „dantur. Sed illa, quae de iis competit, quae re- „licta venerabilibus locis sunt, non solum *infitia-* „*tione* duplicantur, sed etiam si distulerit relicti „solutionem, usquequo jussu magistratuum nos- „trorum conveniatur", so finden wir, daß nur die Verbindlichkeiten ex lege Aquilia, wegen widerrechtlicher Beschädigung, so wie die aus dem Hinterlegungs-Vertrag unter gewissen Umständen, und endlich die Leistungen von Vermächtnissen an Kirchen oder fromme Stiftungen, als solche übrig geblieben sind. Was nun die übrigen, welche das Vorjustinianeische Recht kannte, betrifft, so möchten diese doch noch einer genaueren Untersuchung bedürfen.

§. 46.

Fortsetzung.

Gajus und Paulus nennen uns vorerst die actionem judicati, welche die Institutionen nimmer hieher zählen, eine bestimmte Verordnung nun, wodurch der actio judicati diese Wirkung entzogen wurde, findet sich nicht, allein aus dem
Fr. 6. §. 3. D. de re jud. (42, 1.)
einer wahrscheinlich interpolirten Stelle Ulpians, welche also lautet: „Judicati actio perpetua est, et „rei persecutionem continet" möchte ich in Vergleichung mit dem
§. 17. J. de act. (4, 6.)

wohl den Schluß ziehen, daß ihr in Folge der Justinian'schen Gesetzgebung und des den Compilatoren der Digesten in ihrer Instruction

Consist. prima (Deo Auctore) de concept. Digest. §. 7.

eingeräumten Interpolations-Rechts oder vielmehr der ihnen auferlegten Interpolations-Pflicht diese Wirkung entzogen wurde. Die zweite, welche uns Gajus und Paulus nennen, ist die actio depensi, eine uns vor dem neuaufgefundenen Gajus unbekannte und unerklärliche Klage, über welche uns nun aber dieser folgende hinreichende Erläuterung gibt

Comment. L. III. §. 127. p. 253.

„In eo quoque par omnium causa est, quod, si „quis pro reo solverit, ejus reciperandi causa ha- „bet cum eo mandati judicium, *et hoc amplius „sponsores ex lege Publilia propriam habent „actionem in duplum, quae vocatur depensi,*“ welche nun auch die ziemlich verworrene und dunkle Stelle in der

Lex Romana Burgund. (Papiani Resp.) tit. XV.
Schulting Jurispr. Antejust. p. 837.

aufklärt. Diese actio depensi hörte nun aber von selbst auf, nachdem die sponsores, welchen sie ausschließlich zustand, als eine besondere Art von Bürgen mit besonderer rechtlicher Wirkung aufgehört hatten, wovon unten das Nähere (§. 92.). Endlich nennt noch Paulus allein die actionem de modo agri cum a venditore emtor deceptus est, eine Stelle, welche durch die weitere

Rec. Sent. 2, 17, 4.

„Distracto fundo, si quis de modo mentiatur, in „duplo ejus, quod mentitus est, officio judicis aesti- „matione facta condemnatur“ ihre Erläuterung erhält, daß aber auch dieß durch die Justinianeische

Gesetzgebung aufgehoben wurde, glaube ich aus zwey andern, sichtbar interpolirten Stellen des Paulus,

Fr. 2. pr.

„Si in emptione modus „dictus est, et non prae„statur, ex emto actio „est.“

Fr. 9. §. 1. D. de act. emt. et vend. (19, 1.)

„Si modus agri minor „inveniatur, pro numero „jugerum auctor obliga„tus est etc., sed non so„lum, si modus agri „totius minor est, *agi cum venditore potest*, sed „etiam de partibus ejus, utputa si dictum est, „vineae jugera tot esse, vel oliveti et minus inve„niatur“ erweisen zu können. Denn es läßt sich wohl mit Zuverläßigkeit annehmen, daß hier Paulus der obigen actio in duplum gedacht, dieß aber von den Compilatoren der Digesten absichtlich weggelassen worden sey, wie denn auch der

§. 22. J. de act. (4, 6.)

ausdrücklich die actionem emti venditi den actionibus in simplum beyzählt. — Soviel von denjenigen Fällen, welche zwar das Vorjustinianeische Recht kannte, das Justinianeische aber nicht mehr kennt.

§. 47.

Fortsetzung.

Gehen wir nun zu denjenigen Fällen über, welche noch das Justinian'sche Recht als solche anerkennt. Hier wird nun vorerst die actio Aquilia lege ex, sodann die actio depositi, jedoch nur in gewissen Fällen genannt. Welche Fälle aber hier gemeint seyen? ersehen wir aus dem

§. 17. J. de act. (4, 6.)

welcher in Uebereinstimmung mit Ulpian folgende nennt:

Fr. 1. §. 1. D. depos. (16, 3.)

Nachr. a. d. Buchb. Dieses Bl. ist statt des im Bog. 3. befindl. einzubinden.

„quod tumultus, incendii, ruinae naufragii causa „depositum est," insofern nämlich nach Ulpian

l. c. §. 3.

der Hinterleger „nullam aliam causam deponendi „habuit, quam imminens ex causis supra scriptis „periculum." In Betreff der Vermächtnisse und Fideicommisse aber wurde das ältere Recht durch die Justinianeische Gesetzgebung abgeändert. Das ältere Recht wird daher auch zur vollständigen Erläuterung dieser Abänderung zu vergleichen seyn, und dieses finden wir am vollständigsten bey Gajus

Ulpians Fr. 24, 33.	Comment. L. II. §. 282. u. 283. p. 195.
„Legatorum perperam „solutorum repetitio „non est" — ist wohl auch hieraus zu erklären und zu berichtigen.	§. 282. „Item si legatum „per damnationem re„lictum heres infitietur, „in duplum cum eo agi„tur: fideicommissi vero „nomine semper in sim-

„plum persecutio est." §. 283. „Item (*quod*) quis„que ex fideicommisso plus debito per errorem „solverit, repetere potest: at id, quod ex causa „falsa per damnationem legati plus debito solutum „sit, repeti non potest, idem scilicet juris est de „eo legato, quod non debitum vel ex hac, vel ex „illa causa per errorem solutum fuerit." Nach dem ältern Rechte fand nun der Doppel-Ersatz im Läugnungsfall nur bey derjenigen besondern Art der Vermächtnisse statt, welche das Vorjustinianeische Recht legata damnationis nannte (worüber Gajus

Comment. L. II. §§. 201—208. p. 165—168.

und Ulpian

Fragm. 24, 8.

zu vergleichen sind), dagegen nicht bey den übrigen Vermächtnissen und nicht bey den Fideicommissen. Nun

verordnete aber Justinian im Jahr 530. n. C. G. in der

Const. 46. §. 7. C. de episc. et cler. (1, 3.)

daß dieß bey allen Vermächtnissen und Fideicommissen, welche der Kirche oder frommen Stiftungen hinterlassen wurden, der Fall seyn soll, nachdem er schon im Jahr 529.

Const. 1. C. Comm. de leg. (6, 43.)

die früheren verschiedenen Arten der Vermächtnisse indifferenziirt hatte. Da er nun aber bestimmt in unserem §. sich darüber ausdrückt, daß dieß nur bey denjenigen Vermächtnissen, welche der Kirche oder frommen Stiftungen hinterlassen worden sind, der Fall seyn soll, so dient unser §. offenbar zur nähern Erläuterung beyder obigen Constitutionen, und somit hat also auch die Justinianische Gesetzgebung das frühere Recht theils erweitert theils beschränkt, — erweitert — indem sie, was früher nur von Einer Art der Vermächtnisse und von Fideicommissen gar nicht galt, auf alle Vermächtnisse und Fideicommisse ausdehnte; beschränkt, indem sie diese Verordnung nur bey den Vermächtnissen an die Kirche und fromme Stiftungen Platz greifen ließ, somit objectiv erweitert, und subjectiv beschränkt. Auch ist die dießfallsige Verordnung des Justinianischen Rechts, wie jedoch schon behauptet worden, durch Justinians

Const. 11. C. de cond. indeb. (4, 5.)

„Pro dubietate eorum, qui *mente titubante* in„debitam solverint pecuniam, certamen legum„latoribus incidit; id ne, quod *ancipiti animo* „persolverint, possint repetere, annon. Quod „nos decidentes sancimus; omnibus qui *incerto* „*animo* indebitam dederint pecuniam, vel aliam „quandam speciem persolverint, repetitionem non

„denegari, et praesumptionem transactionis non „contra eos induci, nisi hoc specialiter ab altera „parte probetur" — nicht aufgehoben, denn in der vorliegenden Stelle wurde von Justinian nur der Streit: ob, wenn jemand im Zweifel, ob er wirklich verbindlich sey? den Abtrag einer Verbindlichkeit geleistet habe, er ihn immer noch zurückfordern könne, oder ob die Zahlung nicht vielmehr, als im Vergleichsweg geleistet, anzusehen sey? vergl. Paulus

Fr. 65. §. 1. D. de cond. indeb. (12, 6.)

welcher unter den legumlatoribus, d. h. wohl den Compilatoren der Digesten, selbst entstanden war, für den Zweifelnden und für das Rückforderungs-Recht, so wie gegen die Analogie eines solchen Zweifels mit einem Vergleiche entschieden, und die vorliegende Constitution handelt von einem ganz andern Falle.

§. 48.

Erfund der bisherigen Untersuchung.

Kehren wir nun nach dieser nothwendigen Abschweifung wieder zu der obigen Regel (§. 42.) zurück, daß der Abtrag einer Verbindlichkeit, welche durch eine zerstörliche Einrede hätte entkräftet werden können, wenn er aus Irrthum oder Unwissenheit geleistet worden, wieder zurückgefordert werden könne, so finden wir jetzt folgende Ausnahmen derselben:

1. bei dem Darleihen eines Haussohns, welcher, wenn er auch aus Unkunde Irrthum oder Unwissenheit das SCtum Macedonianum nicht beachtete, das Zurückbezahlte nicht mehr zurückfordern kann;

2. bey Verbindlichkeiten ex lege Aquilia;

3. bey dem Hinterlegungs-Vertrag, wenn die Hinterlegung durch eine androhende Gefahr veranlaßt wurde, und

4. bey Vermächtnissen oder Fideicommissen zu kirchlichen oder andern frommen Zwecken, und nach dieser Ausnahme ist auch der allgemeine Satz Papinians

Fr. 54. D. de cond. ind. (12, 6.)

„Ex his omnibus causis, quae jure non valuerunt, „vel *non habuerunt effectum,* secuta per errorem „solutione, conditioni locus erit," in Betreff derjenigen, quae non habuerunt effectum, zu berichtigen. Hieraus ergibt sich aber auch, daß solche Verbindlichkeiten, welche durch eine zerstörliche Einrede entkräftet werden können, auch keine natürliche Verbindlichkeiten sind, sondern daß sie es in der Regel erst dann werden, wenn der zerstörlichen dem Schuldner wohl bekannten Einrede unerachtet der Abtrag geleistet wurde, und in einigen Ausnahms-Fällen, wenn der Abtrag aus Irrthum oder Unwissenheit geleistet worden; daher auch, wie sich Pomponius

Fr. 19. pr. D. de cond. indeb. (12, 6.)

und Paulus

Fr. 10. D. de SCto Maced. (14, 16.)

ganz richtig ausdrücken, in einem solchen Falle „naturalis obligatio manet," d. h. nicht ursprünglich schon war eine natürliche Verbindlichkeit vorhanden, sondern sie entstand erst durch Leistung des Abtrags, wurde aber eben hierdurch als eine bleibende begründet, weil in Folge solcher der geleistete Abtrag nicht mehr zurückgefordert werden kann.

§. 49.

Aufzählung derjenigen Fälle, in welchen bloß eine natürliche Verbindlichkeit Statt findet.

Zu denjenigen Fällen, in welchen bloß eine natürliche Verbindlichkeit Statt findet, sind nun nach römischem Rechte zu zählen:

1. die Verbindlichkeiten aus formlosen, das heißt nicht mittelst der verborum oder litterarum obligatio eingegangenen Verträgen, insofern ihnen nicht ihrer Formlosigkeit unerachtet Klagerecht zustand, insbesondere die Forderungen aus Nebenverträgen, welche einem contractus bonae fidei nicht auf der Stelle als besondere Modification desselben angehängt wurden, nach Ulpian

Fr. 7. D. de pactis (2, 14.)

welche Stelle übrigens, da dieß offenbar zu weit führen würde, keine weitere Erläuterung hier erhalten kann.

2. Die Verbindlichkeiten aus Verträgen gegen Dritte nicht Mitvertragende,

3. diejenigen Verbindlichkeiten, welche zwar durch eine zerstörliche Einrede hätten entkräftet werden können, deren Abtrag aber der Kenntniß jener Einrede unerachtet geleistet worden, und auch in gewissen Ausnahms-Fällen (§. 47.), wenn der Abtrag aus Unkenntniß der Einrede geleistet worden, und endlich

4. bietet uns Justinians

Const. 3. C. de aleat. (3, 43.)

noch einen besondern Fall, in welchem eine natürliche Verbindlichkeit durch Verjährung entsteht, indem sie nämlich die Zurückforderung einer bezahlten Spielschuld nach 50 Jahren nicht mehr zuläßt.

Vierte Abtheilung.

Von der Verbindlichkeit der Wahnsinnigen und Unmündigen.

§. 50.

Haupt-Grundsätze hierüber.

Als Haupt-Grundsätze über die Verbindlichkeit der Wahnsinnigen und Unmündigen stellt das Justinianeische Recht in Uebereinstimmung mit der früheren Jurisprudenz folgende auf:

§§. 8—10. J. de inutil. stipul. (3, 19.)

entnommen aus Gajus

Comment. L. III. §. 106. 107. u. 109. p. 243.

Gajus Fr. 1. §. 12. u. 13. D. de O. et A. (44, 7.)

„*Furiosum sive stipule-* „*tur, sive promittat, ni-* „*hil agere, natura ma-* „*nifestum est.* §. 13. Huic „proximus est, *qui ejus* „*aetatis est, ut nondum* „*intelligat, quid agatur.*

Paulus Fr. 5. D. de R. J. (50, 17.)

„*Furiosus nullum nego-* „*tium contrahere potest.*

Pomponius F. 40. D. ej. tit.

„Furiosi nulla voluntas „est."

§. 8. „*Furiosus nul-* „*lum negotium gerere* „*potest:* quia non intel- „ligit, quae agit (Gaj. „*quid agat.*)"

§. 9. „*Pupillus omne* „*negotium recte gerit,*

Pr. J. de auct. tut. (1, 21.)
„Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria. Ut ecce, si quid dari sibi stipulatur, non est necessaria tutoris auctoritas: quod si aliis pupilli promittant, necessaria est. Namque placuit meliorem quidem suam conditionem licere eis facere, etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter, quam tutoris auctoritate. Unde in his causis, ex quibus obligationes mutuae nascuntur, ut in emtionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur."

Gajus Fr. 9. pr. D. de auct. tut. (26, 8.)
„Obligari ex omni contractu pupillus sine tutoris auctoritate non potest. Acquirere autem sibi stipulatione et per traditionem accipiendo, etiam sine tutoris auctoritate potest."

„ut, (Gaj. *ita tamen ut*), sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur veluti, si ipse obligetur: nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. §. 10. Sed quod diximus de pupillis *utique de iis verum est, qui jam aliquem intellectum habent: nam infans, et qui infanti proximus est, non multum a furiosis distant:* quia hujus aetatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infanti (Gaj. *in his pupillis*) propter (Gaj. *per*) utilitatem eorum benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi. Sed *qui in potestate parentis est impubes, nec auctore quidem patre obligatur.*" Der letztere Nachsatz von „Sed qui" bis zum Ende findet sich nicht bey Gajus, mag aber wohl auch aus

„toris auctoritate non „potest; adquirere au„tem sibi stipulando, et „per traditionem acci„piendo, etiam sine tu„toris auctoritate potest: „sed credendo obligare sibi non potest, quia sine „tutoris auctoritate nihil alienare potest.“

demselben entnommen seyn, da eine Stelle desselben am Schlusse des §. 109. nicht gelesen werden konnte.

---

§. 51.

Erläuterung der betreffenden Stellen des römischen Rechts.

Ehe wir nun zur Erläuterung dieser Stellen übergehen, möchte vor allen Dingen die Frage: was ein Unmündiger im rechtlichen Sinne des Worts und insbesondere, wer noch als infans zu betrachten seye? zu beantworten seyn. Den früheren Streit der römischen Jurisprudenz, — wovon noch Spuren zu finden sind bey

> Gajus Comment. L. I. §. 196.
> Ulpian Fr. (11, 28.)
> Quinctilian Instit. orat. L. IV. cap. 2.

ob nämlich die Mannbarkeit nach Jahren, oder nach der Reife des Körpers (habitus corporis) wenigstens bei'm männlichen Geschlechte, zu bestimmen seye? denn bei'm weiblichen scheint man sich früher über die Bestimmung nach Jahren vereinigt zu haben, — hat Justinian durch die

> Const. 3. C. quando tut. esse des. (5, 60.) vergl. auch pr. J. quib. mod. tut. (1, 21.)

dahin, daß wie für Mädchen schon früher mit dem zurückgelegten 12ten, so bey Knaben mit dem zurückgelegten 14ten Jahre die Mündigkeit beginne, entschieden. Diejenige besondere Art von Unmündigen aber, welche man infantes nennt, sind solche, welche ohne Unterschied des Geschlechts das 7te Jahr noch nicht zurückgelegt haben.

Fr. 14. D. de spons. (23, 1.); Fr. 1. §. 2. D. de adm. tut. (26, 2.); Const. 8. C. Theod. de bon. mat. (8, 18.); Const. 18. C. de jure deliber. (6, 30.)

womit nun auch Isidor

Origines L. 11. cap. 2.

„Prima aetas *infantia est pueri nascentis ad lucem,* „*quae porrigitur in septem annis*" übereinstimmt. Wie noch übrigens in den ganz neuesten Zeiten an einer bestimmten Gränz-Bestimmung für die Kindheits-Jahre (infantia) bey so unzweideutigen Belegen gezweifelt werden konnte? sehe ich nicht ein. Denn meiner Ansicht nach, steht der Satz: daß die Kindheit bis zum zurückgelegten 7ten Jahre dauren, so fest; als daß die Mündigkeit bey Mädchen nach zurückgelegtem 12ten, bey Knaben nach zurückgelegtem 14ten Jahre beginne.

§. 52.

Fortsetzung.

Dieß vorausgesetzt, gehen wir nun zur Erläuterung unserer Stellen über. Diese enthalten nämlich folgende Sätze: Wahnsinnige und Kinder können weder sich Andern, noch Andere sich verbindlich machen; als Grund dieses Satzes aber führen sie ihren gänzlichen Mangel an Willens-Freiheit an. Dieser Regel scheint nun aber Paulus

Fr. 46. D. de O. et A. (44, 7.)

„Furiosus etc. ubi *ex re* actio venit, obligatur etiam „sine curatore" entweder zu widersprechen, oder sie wenigstens durch eine Ausnahme zu beschränken. Daß letzteres der Fall seye, und die Ausnahme auf einem sehr vernünftigen rechtlichen Grunde beruhe, werde ich weiter unten (§. 69.) zu beweisen Gelegenheit haben. Unmündige, im engern Sinne des Worts, können unbedingt Andere sich verbindlich machen, dagegen aber

wer-

werden sie selbst Andern nur dann verbindlich, wenn sie nicht mehr in väterlicher Gewalt befindlich sind, und unter Auctorität ihrer Tutoren sich verbindlich gemacht haben. Unmündige in väterlicher Gewalt befindliche können aber nicht einmal unter Auctorität ihres Vaters sich Andern verbindlich machen. Der letztere Satz läßt sich freilich nur durch die Vermögens-Verhältnisse der Haussöhne rechtfertigen, und nachdem diese sich geändert hatten, hätte wohl auch er abgeändert werden sollen. Allein, nachdem Justinian durch die

Const. 6. de bonis, quae lib. (6, 91.)

ihre Vermögens-Verhältnisse ganz abgeändert hatte, so fand er es doch für angemessen, ihnen das Recht, letzte Willens-Verordnungen über ihr Eigenthum — insoweit es nicht peculium castrense oder quasi castrense war — zu errichten, noch durch eine besondere

Constit. 11. C. qui test. fac. poss. (6, 22.)

abzusprechen. Weit entfernt, übrigens eine Inconsequenz durch eine andere vertheidigen zu wollen, wollte ich nur zeigen, daß die strenge Consequenz, wodurch sich die römische Jurisprudenz in ihren früheren und blühenden Zeiten auszeichnete, Justinians Sache eben nicht war.

§. 53.

Anwendung der allgemeinen Regeln auf besondere Fälle.

A) In wie weit Wahnsinnige und Unmündige aus Vergehen oder Verbrechen verbindlich werden?

Gehen wir nun zu der Anwendung dieser allgemeinen Regeln auf besondere Fälle über, und untersuchen wie vorerst: In wie weit Wahnsinnige und Unmündige aus Vergehen oder Verbrechen verbindlich werden? Hierüber Ulpian

Fr. 5. §. 2. D. ad Leg. Aquil. (9. 2.)

„Et ideo quaerimus: si *furiosus* damnum dederit, „an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus *negavit.* „*Quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis* „*non sit?* Et hoc est verissimum. *Cessabit* igi- „tur Aquiliae actio; quemadmodum, si quadrupes „damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula oc- „ciderit. Sed et si *infans* damnum dederit, *idem* „erit dicendum. Quodsi *impubes* id fecerit: Labeo „ait: *quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum.* „Et hoc puto verum, si sit jam *injuriae capax.*"

Modestin.

Fr. 12. D. ad leg. Corn. de sic. (48, 8.)

„Infans vel furiosus, si hominem occiderint, lege „Cornelia non tenentur: cum alterum innocentia „consilii tuetur, alterum fati infelicitas excusat."

Ulpian.

Fr. 1. §. 6. D. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. ess. (43, 4.)

„Hoc Edicto neque *pupillum* neque *furiosum* te- „neri constat, quia affectu carent. Sed *pupillum* „*eum* debemus accipere, *qui doli non capax est.*" — Aus allen diesen Stellen ergibt sich nun die Regel: daß Wahnsinnige und Kinder aus Vergehen oder Verbrechen nicht verbindlich werden, Unmündige aber nur dann, wenn eine rechtswidrige Absicht bey ihnen angenommen werden kann.

§. 54.

Fortsetzung. Zeitpunkt der doli capacitas der Unmündigen.

Die Frage aber: Wann der Unmündige doli capax sey? beantwortet Ulpian nach Julian

Fr. 4. §. 26. D. de doli mali et metus except. (44, 4.)

und

Fr. 13. §. 1. D. de dolo malo (4, 3.)

dahin: „doli pupillos, *qui prope pubertatem sunt*, „capaces esse." Ja wir haben hierüber sogar eine authentische Entscheidung, wenn wir den

§. 20. J. de oblig. quae ex del. (4, 1.)

mit seiner Quelle, nämlich Gajus

Comment. L. III. §. 208. p. 288.

vergleichen. „In summa sciendum est, quaesitum „esse; an impubes — rem alienam amovendo — „furtum faciat? Et placet (Gaj. *plerisque placet*), „quia furtum ex affectu consistit, ita demum obli- „gari eo crimine impuberem, *si proximus pu- „bertati sit, et ob id intelligat se delinquere.*" Wann aber der Unmündige pubertati proximus sey? darüber vermissen wir eine genauere Bestimmung. Schon Accursius aber behauptete, daß man hier lediglich arithmetisch zu Werke gehen müsse, und daß somit der Knabe, der die Hälfte des Zeitraums vom zurückgelegten 7ten bis zum 14ten, das Mädchen — vom zurückgelegten 7ten bis zum 12ten Jahre zurückgelegt habe, als pubertati proximi anzusehen seyen, daß also der Knabe, welcher $10\frac{1}{2}$, das Mädchen, welches $9\frac{1}{2}$ Jahr überschritten, pubertati proximi seyen. Bey- und mißfällig wurde, wie dieß gewöhnlich zu geschehen pflegt, die Meinung des Accursius aufgenommen, und die Gegner desselben haben behauptet, daß der rein arithmetische Weg hier nothwendig zu Ungereimtheiten führen müsse, und um diesen zu vermeiden, nichts übrig bleibe: als geradezu in jedem einzelnen Falle die Frage: ob der Unmündige als pubertati proximus anzusehen sey? dem richterlichen Ermessen anheimzustellen. Allein meiner Absicht nach, sah hier Accursius heller als seine Gegner. Denn wie wir aus den Worten: „*ob id*" des obigen Institutionen-Paragraphen ersehen, so knüpften die römischen Rechts-

Gelehrten und die der Mehrheit derselben betretende Institutionen die höhere Intelligenz des Unmündigen — als Folge, an dessen Vorrücken im Alter — als Ursache. Somit trage ich nun auch kein Bedenken, mich in vorliegendem Falle als einen Anhänger des Accursius unumwunden zu bekennen.

§. 55.

Fortsetzung. Von den Verbindlichkeiten der Wahnsinnigen und Unmündigen — ex quasi delicto.

Nach diesen Grundsätzen ist nun wohl auch die Frage: in wie weit Wahnsinnige und Unmündige ex quasi delicto verbindlich werden, in wie weit sie also z. B. mittels der actio de effusis vel dejectis

§. 1. J. de oblig. quae quasi ex del. (4, 5.); tit. D. de his, qui eff. vel dej. (9, 3.)

und mittelst der actio utilis ex lege Aquilia

§. 16. J. de lege Aquil. (4, 3.); Gajus Comment. L. III. §. 219. p. 293.

und mittels der actio in factum

cit. §. 16. J. tit. D. de praescr. verb. (19, 5.)

auf Schadens-Ersatz belangt werden können? zu beantworten.

§. 56.

Von der Verbindlichkeit der Wahnsinnigen und Unmündigen in Beziehung auf bestimmte Verträge.

a) Realverträge.

Was nun die Anwendung der obigen Regel (§. 52.) auf die einzelnen Arten der Verträge, und zwar namentlich a) auf die Realverträge betrifft, so belehrt uns in Beziehung auf den Hinterlegungs-Vertrag Ulpian

Fr. 1. §. 15. D. depos. (16, 3.)

„An in pupillum, apud quem sine tutoris auctori„tate depositum est, depositi actio detur? quaeri-

„tur. Sed probari oportet, *si apud doli mali ca-„pacem* (§. 54.) *deposueris, agi posse, si dolum „commisit: nam et in quantum locupletior factus „est, datur actio in eum, et si dolus non inter-„venit.*“ Hier unterscheidet nämlich Ulpian zwischen der actio depositi insoweit sie, was Regel ist, nur wegen dolus

Fr. 1. §. 45. D. ej. tit.

und insoweit sie in Ausnahms-Fällen

Fr. 1. §. 35. D. ej. tit.; Fr. 4. D. de R. O. (12, 1.)

auch wegen culpa, nämlich levis (denn culpa lata wird nach Celsus

Fr. 32. D. depos. (16, 3.)

dem dolus gleichgeachtet) angestellt werden kann, und läßt die erstere nur gegen den der Mündigkeit näheren Pupillen (§. 54.), also gegen den Wahnsinnigen gar nicht, die letztere aber gegen jeden Unmündigen, aber nur in quantum locupletior factus est (wovon das Nähere, so wie ob dieß dieß die actio depositi sey? welche Ulpian gestattet, unten §§. 62—67.), zu. In Beziehung auf den Darlehens-Vertrag Paulus

Fr. 13. §. 1. D. de cond. indeb. (12, 6.)

„Item, quod pupillus sine tutoris auctoritate mu-„tuum accepit, *et locupletior factus est*, si pubes „factus solvat, non repetit“, was nun den Beisatz: „si pubes factus solvat“ betrifft, so bezieht sich dieser auf den Fall, dessen Gajus

Fr. 9. §. 2. D. de auct. tut. (26, 8.)

„Pupillus ex omnibus causis solvendo sine tutoris „autoritate, nihil agit: quia nullum dominium „transferre potest. Si tamen creditor bona fide „pecuniam pupilli consumpserit, liberabitur pupil-„lus“ erwähnt, vergl. auch Gajus

Comment. L. II. §. 80—82. p. 116. u. 117.

und den hieraus freilich mit bedeutenden Abänderung entnommenen

§. 2. J. quibus alienare (2, 8.)

denn wenn der Unmündige auch das in quantum est locupletior factus bezahlt hatte, so konnte er es dennoch, soferne es bey dem Gläubiger noch wirklich vorhanden war, zurückfordern. Die Verbindlichkeit wird daher immer nur durch das — in quantum est locupletior factus — bestimmt. Sodann Licinius Rufus in Beziehung auf denselben Vertrag

Fr. 59. D. de O. et A. (44, 7.)

„Pupillus mutuam pecuniam accipiendo, *ne qui-*
„*dem jure naturali* obligatur", d. h. wohl nichts anderes, wenn er dasselbe auch freiwillig zurückbezahlt hatte, konnte er es immer noch zurückfordern.

§. 57.

b) Consensual-Verträge.

Ueber den Leihvertrag Ulpian

Fr. 1. §. 2 D. de commod. (13, 6.)

„Impuberes commodati actione non tenentur: quo-
„niam nec constituit commodatum in pupilli per-
„sona sine tutoris auctoritate, ut etiam, si pubes
„factus dolum aut culpam admiserit, hac actione
„non tenetur, quia ab initio non constitit.

Fr. 3. pr. D. ej. tit.

„Sed mihi videtur, si locupletior pupillus factus
„sit, dandam utilem commodati actionem secun-
„dum D. Pii rescriptum." Paulus

Fr. 2. D. ej. tit.

„Nec in furiosum commodati actio danda est, sed
„ad exhibendum adversus eos dabitur, ut res exhi-
„bita vindicetur."

In Beziehung auf den Kauf-Vertrag Ulpian

Fr. 5. §. 3. D. de auct. tut. (26, 8.)

„Pupillus vendendo sine „tutoris auctoritate non „obligatur: sed nec in „emendo, nisi in quantum locupletior factus „est."

Fr. 13. §. 29. D. de act. emt. (19, 1.)

„Si quis a pupillo sine „tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus: nam, „qui emit, obligatus est „pupillo, pupillum sibi „non obligat."

§. 58.

c) Stipulationen — verborum obligatio oder litterarum.

In Beziehung auf Stipulationen — verborum oder litterarum obligationes Neratius

Fr. 41. D. de cond. ind. (12. 6.)

„Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti „promiserit, solverit, repetitio est, *quia nec natura „debet.*"

§. 59.

In Beziehung auf obligationes ex quasi contractu a) negotiorum gestorum. —

In Beziehung auf die obligationes ex quasi contractu, und zwar namentlich in Beziehung auf die negotiorum gestio — Ulpian

Fr. 3. §. 4. u. 5 D. de neg. gest. (3, 5.)

„Pupillus sane, si negotia gesserit, post rescriptum „Divi Pii (etiam) conveniri potest in id, quod „factus est locupletior: agendo autem compensa„tionem ejus, quod gessit, patitur, §. 5. Et si fu„riosi negotia gesserim; competit mihi adversus „eum negotiorum gestorum actio."

Constit. 2. C. ej. tit.

„Contra impuberes quoque, si negotia eorum ur„gentibus necessitatis rationibus utiliter gerantur, „in quantum locupletiores facti sunt, dandam

„actionem, ex utilitate eorum receptum est." Bey dem Unmündigen unterscheidet also Ulpian: ob er selbst belangt oder belangt wird, und läßt ihn im letzteren Fall nur für das in quantum locupletior factus est, in ersterem aber für das Ganze, was aus Veranlassung der Geschäfts-Führung ihm zugekommen ist, haften. Ein Unterschied, der auf den Wahnsinnigen, der nullum negotium gerit, gar nicht anwendbar ist.

§. 60.

Die actio exercitoria und institoria.

In Beziehung auf die actio exercitoria Paulus

Fr. 1. §. 16. D. de exerc. act. (14, 1.)

„Parvi autem refert, qui exercet, masculus sit an „mulier, paterfamilias an filiusfamilias, vel servus: „pupillus autem, si navem exerceat, exigemus tu-„toris auctoritatem." In Beziehung auf die institoria Ulpian

Fr. 9. D. de instit. act. (14, 3.)

„Verum si ipse pupillus praeposuerit, si quidem „tutoris auctoritate, obligabitur, si minus, non." Gajus — als Beisatz

Fr. 10. D. ej. tit.

„Eatenus tamen dabitur in eum actio, quatenus ex „ea re locupletior est." und nach diesen Grundsätzen wird nun wohl auch die Frage: In wie weit Wahnsinnige und Unmündige mittels der actio in factum de recepto.

tit. D. nautae, caupones (4, 9.)

belangt werden können? zu beantworten seyn.

§. 61.

Nähere Beleuchtung der Verbindlichkeit der Wahnsinnigen und Unmündigen im Allgemeinen.

Auch in besonderer Anwendung auf die einzelnen Fälle finden wir daher den Satz, daß Wahnsinnige wegen gänzlichen Mangels an Willens-Freiheit gar nicht, selbst nicht aus Vergehen und Verbrechen verbindlich werden können — Unmündige aber nur unter Auctorität ihres Tutors, und aus Vergehen und Verbrechen, wenn sie der Mündigkeit näher sind. Doch finden wir bey den Unmündigen immer noch den Beisatz „nisi locupletiores facti sunt" und diesen Beisatz müssen wir nun genauer betrachten.

§. 62.

Fortsetzung. Erläuterung des Fr. 7. pr. D. de auct. tut. (26, 8.)

Das Geschichtliche hierüber gibt uns Ulpian Fr. 7 pr. D. de auct. tut. (26, 8

„Sed et, cum solus (sit) tutor mutuam pecuniam „pupillo dederit, vel ab eo stipuletur, non erit obli„gatus tutori: *naturaliter tamen obligabitur, in* „*quantum locupletior factus est:* nam in pupil„lum non tantum *tutori, verum cuivis actionem,* „*in quantum locupletior factus est,* dandam Di„vus Pius rescripsit." Aus dieser Stelle sehen wir nämlich, daß gegen Unmündige, welche ohne Auctorität ihres Tutors verbindlich geworden, gar keine Klage statt fand, was doch auch gewiß auf Wahnsinnige, selbst wenn sie unter Einwilligung ihres Curators verbindlich geworden wären, anwendbar ist. Natürlich darf man hiemit diejenigen Verbindlichkeiten, mit welchen der Vormund des Wahnsinnigen dessen Vermögen nach den bestehenden Verwaltungs-

Normen belasten kann, nicht verwechseln. Allein der Imperator Antoninus Pius führte eine Klage — in quantum locupletiores facti sunt — ein. Nur eines Ausdrucks bedient sich hier Ulpian, welcher zu Mißverständnissen führen könnte, nämlich des „naturaliter tamen obligabitur.“ Daß nun hier Ulpian nun zunächst nicht an eine natürliche Verbindlichkeit dachte, welche zwar nicht gefordert, deren freiwillig geleisteter Abtrag aber nicht mehr zurückgefordert werden kann, ersehen wir schon daraus, weil er gleich nachher aus einem Rescript Antonins eine Klage ableitet. Dieses „*naturaliter obligabitur*“ hat nämlich gerade den Sinn, welchen die Stelle des Paulus

Fr. 15. D. de cond. indeb. (12, 6.)

„Indebiti soluti condictio naturalis est,“ nämlich den, er wird zwar nicht aus dem Darleihen im vorliegenden Falle als einem bürgerlichen Rechts-Geschäft, sondern er wird lediglich deswegen verbindlich, weil er etwas empfangen hat, was er nicht empfangen sollte, und was er daher nach dem jure gentium — der naturalis aequitas — zurückzuerstatten verbunden ist. Daher nannte auch schon das Vorjustinianeische Recht die Verbindlichkeit zur Zurückgabe einer solchen Sache eine dingliche, d. h. lediglich durch den Empfang der Sache begründete Verbindlichkeit, „obligationem rei“ und verglich sie mit dem Darleihen nach Gajus

Fr. 5. §. 3. D. de O. et A. (44, 7.)

„Is quoque, qui non „debitum accepit per er„rorem solventis, obliga„tur quidem ex mutui „datione, *et eadem actio„ne tenetur, qua debito-*

Comment. L. III. §. 91. p. 236.

„Is quoque, qui non de„bitum accepit ab eo, qui „per errorem solvit *re* „obligatur, nam proinde „ei condici potest, si pa„ret eum dare oportere,

„res creditoribus: sed „non potest intelligi is, „ac si mutuum accepis„set,“
„qui ex ea causa tenetur,
„ex contractu obligatus esse.“ womit dann auch die Justinianeische Gesetzgebung

§. 1. J. quib. mod. re contrah. oblig. (3, 14.)

übereinstimmt.

§. 63.

Fortsetzung. Erläuterung der Fr. 5. §. 3. D. de O. et A. (44, 7.)

Nur verdienen noch die Worte des Gajus in dem oben angeführten

Fr. 5. §. 3. D. de O. et A. (44, 7.)

„Et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus“ eine besondere Erläuterung. Auf den ersten Anblick sollte man nämlich annehmen, daß demjenigen, welcher eine Sache ohne alle Verbindlichkeit hingegeben, zunächst nur die Eigenthums-Klage zustehe, wie denn auch Paulus (§. 57.) gegen den Wahnsinnigen, welchem etwas geliehen worden, die actio ad exhibendum und die darauf folgende rei vindicatio gestattet. Eine persönliche Klage aber scheint gegen denjenigen, welchem eine solche Sache ohne alle Verbindlichkeit gegeben wurde — nicht wohl anwendbar zu seyn, weil eine persönliche Klage zunächst eine hier nicht denkbare Verbindlichkeit aus Verträgen, Vergehen oder Verbrechen voraussetzt nach Gajus

Comment. L. IV. §. 2. p. 298.

jede condictio aber nur eine persönliche Klage ist nach Gajus

l. c. §. 4. 5. p. 299. u. 300. §. 15. J. de act. (4, 6.)

allein eben dieser löst uns auch das Räthsel, indem er uns

l. c. §. 19. p. 308.

berichtet, daß durch die Lex Calpurnia auch die condictio de omni certa re gestattet worden seye, wornach

nun die obige Stelle des Gajus keinen andern Sinn als den hat: „et personali actione condictione scilicet tenetur.“

§. 64.

Fortsetzung. Erklärung des §. 1. J. quib. mod. re contrah. oblig. (3, 14.)

Allein hier scheint uns der

§. 1. J. quib. mod. re contrah. oblig. (3, 14.)

in den Weg zu treten, dieser aus Gajus

L. III. §. 91. p. 236.

entnommene Paragraph, dessen Eingang ich bereits oben (§. 62.) angeführt habe, fährt nämlich so fort:

Gajus, l. c.

„Unde quidam putant, „pupillum aut mulierem, „cui sine tutoris auctori-„tate non debitum per „errorem datum est, non „teneri condictione, non „magis, quam mutui da-„tione.“	„Unde pupillus, si ei sine „tutoris auctoritate non „debitum per errorem „datum est, non tenebi-„tur indebiti condictione „magis quam mutui da-„tione.“

und spricht somit der condictio indebiti ihre Anwendbarkeit auf den Unmündigen, welcher eine Nichtschuld ohne Auctorität seines Tutors erhalten, ab. Wie reimt sich nun dieß mit dem Rescript des Imperators Antonin, dessen Ulpian (§. 62.) erwähnt, welches diese condictio wenigstens in quantum locupletior factus est — gestattet. Doch auch dieses Räthsel wird sich lösen, wenn wir uns vorerst darüber, was das locupletiorem factum esse bedeute — sodann über die condictio indebiti in ihrer allgemeinen Wirkung aufgeklärt haben.

§. 65.

Fortsetzung. Was heißt „locupletiorem factum esse“?

Daß derjenige, dessen ökonomische Lage durch irgend einen Empfang verbessert worden, der also wirklich mehr hat, als er vor jenem Empfang hatte, locupletior seye, wird wohl keinem Anstand unterliegen. Als ein solches Mehrhaben wird aber auch angesehen, wenn der Empfang zu einem nothwendigen oder nützlichen Zwecke verwendet wurde, wie Theophilus

Paraphr. Instit. L. II. tit. 8. §. 2. (Ed. Reitz, p. 314.)

bemerkt:

„Τυχὸν γὰρ οἰκίαν ἀνώρθωσεν, ἢ ἰδίους ἀγροὺς ἐφιλοκάλησεν, ἢ διδασκάλοις παρέσχε μισθοὺς, ἢ κρεδίτορσι κατέβαλεν.“

„Forte enim domum instauravit, aut agros suos instruxit, aut praeceptoribus mercedes praebuit, aut creditoribus solvit.“

Nur entsteht noch die Frage: Welcher Zeitpunkt darüber, ob der Unmündige wirklich seine ökonomische Lage verbessert habe, entscheide? Ob es nämlich genüge, wenn sie nur einmal verbessert worden ist, oder ob sie noch zu der Zeit, wo er den Empfang zurückerstatten solle, sich als verbessert darstellen müsse? — Hierauf erwiedert nun Paulus

Fr. 37. pr. D. de neg. gest. (3, 5.)

„*Litis contestatae tempore* quaeri solet, an „pupillus, cujus sine tutoris auctoritate nego„tia gesta sunt, locupletior sit ex ea re factus, cu„jus patitur actionem.“ — also auf den Zeitpunkt der Streit-Einlassung. Den Grund hiefür aber finden wir bey Gajus

Comment. L. III. §. 180. et 181. p. 276. vergl. mit L. IV. §§. 103 — 109. p. 355 — 357.

weil nämlich die litis contestatio bey den judiciis legitimis eine Neuerung (novatio) bewirkte. Denn wenn gleich die Justinianische Gesetzgebung keine judicia legitima mehr kennt, somit auch die litis contestatio keine Neuerung mehr bewirkt, so wurde doch die Zeit der Streit-Einlassung als ein die Verurtheilung begründender Zeitpunkt angesehen. Denn es ist keine seltene Erscheinung im Justinianischen Rechte, daß, wo auch der Grundsatz wegfiel, die Folgesätze blieben, und nur so läßt sich erklären, wie die Stelle des Paulus

Fr. 29. D. de novat. (46, 2.)

noch in die Digesten aufgenommen werden konnte. Allein einer Ausnahme von dieser Regel, daß auf den Zeitpunkt der Streit-Einlassung gesehen werden müsse, erwähnt Marcian

Fr. 47. §. 1. D. de solut. (46, 3.)

„Plane (ut Scaevola ajebat) etiamsi perierit res *ante* „*litem contestatam, interdum quasi locupletior* „*factus intelligitur*: id est, *si necessariam sibi* „*rem emit*: nam hoc ipso, quo non est paupe„rior factus, locupletior est.“ Hat nämlich der Unmündige sich von jenem Empfang eine nothwendige Sache angeschafft, und ist diese gleich durch einen Zufall nachher zu Grunde gegangen, so wird er doch noch als locupletior angesehen, weil jener Zufall sein eigenes Vermögen nicht vermindert hat, und er somit durch Rückerstattung der Sache bloß den Nachtheil des Zufalls leidet. Diese Ausnahme ist jedoch nur auf den zufälligen Untergang solcher Sachen, welche der Unmündige sich nothwendig, somit von seinem eigenen Vermögen hätte anschaffen müssen, zu beschränken, und nicht auf unnöthige oder überflüssige Dinge,

für deren Anschaffung kein Grund der Nothwendigkeit vorlag, auszudehnen; denn im letzteren Falle kann der Unmündige nach zufälligem Untergang der Sache nicht mehr als bereichert angesehen werden.

§. 66.

Die condictio indebiti nach ihren allgemeinen Umrissen.

Ueber die condictio indebiti belehrt uns Paulus

Fr. 7. D. de cond. indeb. (12, 6.)

„Quod indebitum per er-„rorem solvitur, aut *ip-„sum*, aut *tantundem* re-„petitur."

Fr. 65. §. 6. ej. tit.

„In frumento indebito „soluto et *bonitas* est: „et si consumpsit fru-„mentum, *pretium* re-„petit."

Nach diesen Stellen hat nämlich derjenige, welcher vertretbare Sachen (res, quae in genere suo functionem recipiunt per solutionem, nach Paulus

Fr. 2. §. 1. D. de R. C. (12, 1.)

so genannte res fungibiles) indebite erhalten hat, diese entweder selbst, oder wenn sie nicht mehr vorhanden wären, quantitativ und qualitativ eben so viel, oder deren Werth zu erstatten. In Betreff der an sich bestimmten nicht vertretbaren Dinge aber belehren uns Papinian und Paulus

Fr. 3. D. de cond. indeb. (12, 6.)

„Idem est, et si solutis „legatis nova et inopinata „causa hereditatem ab-„stulit: veluti nato post-„humo, quem heres in „utero fuisse ignorabat: „vel etiam ab hostibus re-

Fr. 65. §. 8. D. ej. tit.

„Si servum indebitum „tibi dedi, eumque ma-„numisisti, si *sciens hoc „fecisti, teneberis ad „pretium ejus, si nesci-„ens non teneberis: sed „propter operas ejus li-*

„verso filio, quem pater „obiisse falso praesump- „serat: nam utiles actio- „nes posthumo vel filio, qui hereditatem evicerat, „dari oportere in eos, qui legatum perceperunt, „Imperator Titus Antoninus rescripsit: *scilicet, „quod bonae fidei possessor, in quantum locu- „pletior factus est, tenetur;* nec periculum hujus- „modi nominum ad eum, qui sine culpa solvit, per- „tinebit." — daß bey zufälligem Untergang der Besitzer in gutem Glauben nur so weit hafte, als er sich noch durch den Empfang zur Zeit der Streit-Einlassung (§. 65.) bereichert findet, während der Besitzer in bösem Glauben auch nach zufälligem Untergang für den ganzen Werth haftet.

„*berti, et ut heredita-* „*tem ejus restituas;*"

§. 67.

Vereinigung der Institutionen mit dem Antoninischen Rescript in Beziehung auf die condictio indebiti gegen Unmündige.

Wenn uns nun einmal schon Gajus, welcher behauptet, daß diese Ansicht schon zu seiner Zeit die der meisten Rechts-Gelehrten gewesen seye, und die Institutionen (§. 64.) belehren, daß die condictio indebiti gegen Unmündige, welche das indebitum ohne Auctorität ihres Tutors erhalten haben, nicht zustehe, andererseits aber das Antoninische Rescript und mehrere Stellen der Rechts-Gelehrten, welche sich hierauf gründen (§§. 56 — 60.) behaupten (§. 62.) daß sie, in so weit sie bereichert seyen, gegen sie zustehe, so lassen sich wohl beide Stellen durch den

Satz,

Satz vereinigen: die condictio indebiti steht gegen Unmündige, welche ein indebitum ohne Auctorität ihres Tutors erhalten haben, nur in so weit, als sie hierdurch bereichert sind, und nicht in ihrem ganzen Umfange zu. Erwägen wir aber den Unterschied zwischen der condictio indebiti in ihrem ganzen Umfange, und der, in so weit der Unmündige bereichert ist, genauer, so ergeben sich folgende Sätze:

1) Der Unmündige leistet auch bey vertretbaren Sachen nur in so weit Ersatz, als er bereichert ist.

2) Der Unmündige wird immer somit als Besitzer in gutem Glauben angesehen.

3) Wenn der Unmündige belangt wird, muß der Kläger erweisen, daß und in wie weit der Unmündige durch den Empfang bereichert worden, weil diese Bereicherung nach dem Antoninischen Rescript zu seinem Klagegrund gehört, während sonst der Beklagte zu erweisen hat, daß er nicht mehr den vollen Ersatz leisten könne.

§. 68.

Untersuchung der Frage: In wie weit die beschränkte condictio indebiti auch gegen Wahnsinnige gehe?

Wenn nun gleich in den oben (§§. 56—59.) angeführten Stellen nirgends davon die Rede ist, daß auch Wahnsinnige, in so weit sie bereichert sind, mittelst der condictio indebiti belangt werden können, so wird dieß doch wohl keinem Anstand unterworfen seyn, denn der allgemeine Grund, welchen Pomponius

Fr. 14. D. de cond. indeb. (12, 6.)

anführt: „Nam hoc natura aequum est, neminem „cum alterius detrimento fieri locupletiorem" welchen Grundes halber auch diese condictio eine naturalis obligatio (§. 62.) genannt wird, tritt doch wohl auch bey Wahnsinnigen ein.

§. 69.

Erklärung des Fr. 46. D. de O. et A. (44, 7.)

Nun wird uns aber auch die Stelle des Paulus klar:

Fr. 46. D. de O. et A. (44, 7.)

„*Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, ob-*
„*ligantur etiam sine curatore vel tutoris aucto-*
„*ritate:* veluti, si communem fundum habeo cum „his, et aliquid in eum impendero, vel damnum „in eo pupillus dederit: nam judicio communi „dividundo

cfr. Fr. 29. D. comm. divid. (10, 3.)

obligabuntur," denn es möchte doch nun wohl klar seyn, daß durch die Worte „ex re" die naturalis obligatio ex re (§. 62.), nämlich die condictio indebiti, in quantum locupletiores sunt (§. 67.) bezeichnet wird, denn auch die actio communi dividundo, in so weit sie auf den Ersatz der auf ein gemeinschaftliches Gut verwendeten Kosten gerichtet ist, welche Paulus hier als Beispiel anführt, ist eine Art condictio indebiti, und wie Paulus

Fr. 29. D. comm. divid. (10, 3.)

bemerkt: „nascitur magis ex re, in quam impen-„ditur, quam ex persona socii."

§. 70.

Haupterfund der bisherigen Untersuchung.

Fassen wir nun das Ergebniß der bisherigen Untersuchung in Einen Haupterfund zusammen, so möchte es wohl folgender seyn: Wahnsinnige, Kinder und Unmündige, letztere ohne Auctorität ihres Tutors, werden ex contractu vel quasi contractu weder bürgerlich noch natürlich verbindlich. Zum Ersatz einer von Andern ihnen geleisteten nichtigen Verbindlichkeit können sie jedoch, in so weit sie hierdurch bereichert

worden sind, angehalten werden. Ex delicto vel quasi delicto werden Wahnsinnige und Kinder gar nicht, Unmündige aber nur dann, wenn sie der Mündigkeit näher als der Kindheit sind, verbindlich. Unmündige können auch ohne Auctorität des Tutors Andere sich verbindlich machen.

§. 71.

Nähere Beleuchtung derjenigen Stellen, welche im Widerspruch mit den bisher angeführten zu behaupten scheinen, daß der Unmündige auch ohne Auctorität seines Tutors wenigstens natürlich verbindlich werde.

a) Fr. 21. D. ad Leg. Falc. (35, 2.) u. Fr. 44. D. de solut. (46, 3.)

Im Widerspruch mit den bisherigen Stellen scheinen aber andere zu behaupten, daß die Unmündigen, ohne Auctorität ihrer Tutoren, wenigstens natürlich verbindlich werden. Diese Stellen wollen wir nun genauer beleuchten.

Marcian, Fr. 44. D. de solut. (46, 3.)

„In numerationibus ali-„quando evenit, ut una „numeratione duae obli-„gationes tollantur. Ve-„luti etc. Item si pupillo, „qui sine tutoris auctori-„tate mutuam pecuniam „accepit, legatum a cre-„ditore fuerit sub ea con-„ditione, si eam pecu-„niam numeraverit, *in* „*duas causas* videri eum „numerasse: et *in debi-*

Paulus, Fr. 21. D. ad leg. Falc. (35, 2.)

„Si pupillus, cui sine tu-„tore auctore decem mu-„tua data sunt, legatum „a creditore meruerit, „sub hac conditione, si „decem quae acceperit, „heredi reddiderit, *una* „*numeratione et implet* „*conditionem, et libera-*„*tur naturali obligatio-*„*ne, ut etiam in Falci-*„*diam heredi imputen-*„*tur,* quamvis non impu-

(Marcian.)
„tum suum, ut in Falcidiam heredi imputetur, et conditionis gratia, ut legatum consequatur.“

(Paulus.)
„tarentur, si tantum conditionis implendae causa data fuissent. Adeo autem et solvere videtur, ut repudiato legato, vel Sticho, qui legatus est, mortuo, nihil repetere possit.“

Die Stelle des Paulus ist nun ein Auszug aus einer Abhandlung, welche er libros quaestionum — streitige Rechts-Fragen — nannte, und was man jetzt jus controversum oder controversias juris civilis nennen würde. Betrachten wir nun vorerst die vorliegende streitige Frage genauer: Nach

Gajus, Fr. 76.
und
Marcian, Fr. 91.
} D. ad leg. Falcid. (35, 2.)

wird nämlich dasjenige, was der Erbe von dem Vermächtnißnehmer der Erfüllung einer Bedingung halber erhält, nicht in die Falcidische Quarte eingerechnet. Dagegen aber werden schon nach allgemeinen Rechts-Grundsätzen die Forderungen der Erbschaft (activa) zur Erbmasse, somit also auch in die Falcidische Quarte eingerechnet. Wenn nun der Erblasser einem Unmündigen ohne Auctorität seines Tutors ein Darleihen gegeben, und ihn unter der Bedingung der Rückzahlung mit einem Vermächtnisse bedacht hatte, so konnte die Frage entstehen: ob die Rückzahlung der Schuld lediglich als Erfüllung der Bedingung, oder auch als Rückzahlung der Schuld angesehen werden müsse? denn im ersteren Falle durfte sie nicht, im letzteren Falle aber mußte sie in

die Falcidische Quarte eingerechnet werden. Diese Streit-Frage hätte aber nun schon einmal nicht entstehen können, wenn man die Schuld des Unmündigen als eine wirkliche bürgerliche oder natürliche Schuld angesehen hätte, denn dann hätte sich die Beantwortung von selbst ergeben. Hier aber, wo weder eine bürgerliche noch natürliche Schuld vorlag, konnte die Frage: ob die Rückzahlung zugleich auch als Rückzahlung der Schuld anzusehen sey? — streitig werden, und diese Streit-Frage entscheidet nun Paulus dahin: daß sie in einer gedoppelten Eigenschaft, nämlich

a) als Erfüllung der Bedingung, und

b) als Rückzahlung der Schuld anzusehen, somit also auch in die Falcidische Quarte einzurechnen seye. Nur die Falcidische Quarte zunächst, nicht die Verbindlichkeit des Unmündigen hatte Paulus im Auge. Allein durch die Worte: „una numeratione et implet conditionem, et liberatur *naturali obligatione,* ut etiam in Falcidiam heredi imputentur,“ scheint er doch anzudeuten, daß der Unmündige zur Zurückzahlung der Schuld wenigstens natürlich verbindlich gewesen seye, und bezieht man die naturalis obligatio auf die Schuld, so ist wirklich auch Paulus hier, wenn gleich nur im Vorübergehen, mit andern Stellen im Widerspruch. Allein eben diese Worte sind nicht auf die Schuld, sondern auf das Vermächtniß zu beziehen, denn nur in Beziehung auf letzteres läßt sich nämlich eine naturalis obligatio denken, und zwar eine wirkliche bloß natürliche Verbindlichkeit, denn zur Annahme des Vermächtnisses und zur Erfüllung der Bedingung konnte der Unmündige natürlich nicht gezwungen werden, wollte er aber das Vermächtniß haben, so mußte er sich durch Erfüllung der natürlichen Verbindlichkeit, d. h.

der Bedingung vorerst den Weg hiezu bahnen, denn dann erst, nachdem er seinerseits die Bedingung erfüllt hatte, konnte er das Vermächtniß fordern. Somit bilden also auch die Sätze „et implet etc." und „et liberatur" keine Gegensätze, sondern einen zusammenhängenden Satz, dessen Gegensatz erst mit den Worten „ut etiam etc." beginnt, wie dieß auch ganz deutlich in der Stelle Marcians „in duas cau„sas videri eum numerasse, *et in debitum suum „ut in Falcidiam heredi imputetur, et conditio„nis gratia, ut legatum consequatur*" ausgedrückt ist. Eben hieraus ist dann aber auch erklärbar, warum das nachherige Ausschlagen des Vermächtnisses oder der zufällige Untergang der vermachten Sache dem Unmündigen keine Rückforderung mehr gestattet, weil ihm nämlich in Beziehung auf das Vermächtniß eine natürliche Verbindlichkeit oblag. Und somit wäre nun der scheinbare Widerspruch Paulus und Marcians beseitigt.

§. 72.

b) Fr. 1. §. 1. D. de novat. (46, 2.) §. 3. J. quib. mod. oblig. (3, 29.)

In eine größere Verlegenheit scheint uns aber eine Stelle Ulpians

Fr. 1. §. 1. D. de novat. (46, 2.)

zu bringen, besonders wenn wir sie mit dem aus Gajus

Comment. L. III §. 176. p. 274. et 275.

beinahe wörtlich entnommenen

§. 3. J. quib. mod. oblig. (3, 29.)

vergleichen. Dieser Vergleichung halber mögen nun auch beide Stellen hier einander gegenüber stehen:

Ulpian.	Gajus und die Institutionen.
„Illud non interest, *qualis* processit obligatio: „utrum *naturalis,* an civilis, an honoraria: et „utrum verbis, an re, an „consensu, qualiscumque igitur obligatio sit, „quae praecessit, novari „verbis potest: *dummodo sequens obligatio „aut civiliter teneat, „aut naturaliter: utputa si pupillus sine „tutoris auctoritate „promiserit.*"	„Praeterea novatione tollitur obligatio; veluti „si quod tu Sejo (Gaj. „*mihi*) debeas a Titio „stipulatus sit (Gaj. *sim.*). „Nam interventu novae „personae nova nascitur „obligatio, et prima tollitur translata in posteriorem: adeo, ut interdum, *licet posterior „stipulatio inutilis sit,* „tamen prima novationis „jure tollatur: veluti si „id, quod tu Titio debeas „(Gaj. *quod mihi debes*), *a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit* (Gaj. *fuero*), *quo casu res amittitur* (Gaj. *rem amitto*): *nam et prior debitor „liberatur, et posterior obligatio nulla est.* Non „idem juris est, si a servo quis fuerit stipulatus „(Gaj. *stipulatus fuero*): nam tunc prior perinde „obligatus manet (Gaj. *nam tunc proinde adhuc „obligatus tenetur*), ac si postea nullus stipulatus „fuisset (Gaj. *a nullo stipulatus fuissem*)." —

In Beziehung auf den letzteren und Schlußsatz von „Non idem" bis zum Ende fügt nun Theophilus

Paraphr. Institut. L. III. tit. 29. §. 3. (Ed. Reitz, Tom. II. p. 722.)

folgende merkwürdige Erklärung bey:

„Καὶ μή τις λεγέτω, ὅτι ὁ „οἰκέτης φυσικῶς ἐπερωτη- „θεὶς ἔνοχος γίνεται· ἀμέλει „καὶ οἱ δοθέντες ὑπ' αὐτοῦ „ἐγγυηταὶ καὶ φύσει καὶ νό- „μῳ ἐνέχονται· ἡ δὲ φυσικὴ „ἐνοχὴ νοβατίωνα ποιεῖν δύ- „ναται· ἀλλὰ δεῖ πρὸς τοῦ- „το λέγειν, ὅτι ποιεῖ νοβα- „τίωνα οὐ μόνον τὸ τίκτε- „σθαι φυσικὴν ἐνοχὴν, ἀλ- „λὰ καὶ τὸ ὑπεῖναι πρόσω- „πον· ἀπρόσωπος δὲ παρὰ „τοῖς νόμοις ὁ δοῦλος."

„Neque quisquam dicat, „servum naturaliter pro- „mittentem obligari: ita- „que et dati ab eo fide- „jussores tam natura, „quam lege tenentur: „*atqui naturalis obli-* „*gatio novationem fa-* „*cere potest.* Sed ad „hoc dicere nos oportet, „*novationem fieri non* „*tantum eo, quod natu-* „*ralis extitit obligatio,* „sed et eo, quod per- „sona subest, at in legi- „bus servus non est per- „sona."

Wunderbar und widersprechend erscheint es nämlich auf den ersten Anblick, daß **Ulpian** eine Verbindlichkeit, welche **Gajus** und die Institutionen „inutilem" und „nullam" nennen, als eine obligatio naturalis bezeichnet. Wunderbarer und widersprechender, daß letztere einer Verbindlichkeit, welche sie selbst als nichtig bezeichnen, doch irgend eine Wirkung, nämlich die der Begründung einer Neuerung zuschreiben. Allein eben aus letzterem Umstande ist wohl mit aller Zuverläßigkeit zu schließen, daß die vorliegende Verbindlichkeit wenigstens nicht in jeder Beziehung nichtig ist. Daß sie nun in Beziehung auf den Unmündigen nichtig seye, behaupten selbst **Gajus** und die Institutionen. Somit bleibt also — um diese unter sich selbst und mit **Ulpian** zu vereinigen — nichts übrig als anzunehmen, daß die Verbindlichkeit eines Unmündigen, welche er ohne Auc-

torität seines Tutors eingegangen hat, zwar nicht an und für sich — objectiv — aber in Beziehung auf den Unmündigen — subjectiv — nichtig seye. Und für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht nun auch folgende Stelle **Ulpians**:

Fr. 29. D. de cond. indeb. (12, 6.)

„Interdum *persona* locum facit repetitioni: utpu„ta, *si pupillus sine tutoris auctoritate,* vel furi„osus, vel is, cui bonis interdictum est, solverit: „nam in his personis *generaliter repetitioni lo„cum esse* non ambigitur," denn hieraus ist klar, daß das Zurückforderungs-Recht sich lediglich auf die Subjectivität der genannten Personen gründe. Nur könnte man aus eben dieser Stelle schließen, als ob auch die von Wahnsinnigen und Kindern eingegangenen Verbindlichkeiten wenigstens objectiv gültig seyen, allein diesen Schluß bezeichnet der Schluß der Institutionen-Stelle als einen Trugschluß. Denn schon **Theophilus** bemerkt, man werde es nicht sehr folgerecht finden, daß die Verbindlichkeit eines Sklaven, welcher doch wenigstens natürlich verbindlich werden könne, womit auch **Paulus**

Fr. 13. D. de cond. indeb. (12, 6.)

„*Naturaliter etiam servus obligatur:* et ideo si „quis nomine ejus solvat, vel ipse manumissus (ut „Pomponius scribit) ex peculio, cujus liberam ad„ministrationem habeat, repeti non potest" — übereinstimmt, keine Neuerung begründen solle, allein die Neuerung setze nicht nur eine objective Verbindlichkeit, sondern auch ein Rechts-Subject, mit dem sie eingegangen worden — eine Person — voraus, ein Sklave aber seye kein Rechts-Subject — keine Person. — Dieß ist nun offenbar eine Spitz-

ſindigkeit; denn eine objective Verbindlichkeit ſetzt al=lerdings ein Rechts=Subject — ohne welches ſie ja gar nicht entſtehen kann — voraus, allein daß in andern Fällen (wovon Theophilus ſelbſt Einen vorträgt, welchen wir weiter unten [§. 91.] erläu=tern werden) auch der Sklave als Rechts=Subject angeſehen wird, iſt richtig, und Theophilus hätte beſſer die Neuerung als einen Fall, wo der Sklave ausnahmsweiſe in Beziehung auf das Entſtehen ei=ner bloß objectiven natürlichen Verbindlichkeit, nicht als Rechts=Subject angeſehen werde, bezeichnet, weil ſich doch einmal weiter hierüber nichts ſagen läßt. Wahnſinnige und Kinder aber ſind, wo es ſich von Eingehung von Verbindlichkeiten handelt, als ledig=lich unfreye, in keiner Beziehung als Rechts=Sub=jecte anzuſehen, und ſomit kann hier auch nicht ein=mal von der Entſtehung einer objectiven natürlichen Verbindlichkeit die Rede ſeyn (vergl. auch §. 85.).

§. 73.

c) Fr. 64. pr. D. ad SCt. Trebell. (36, 1.)

Nunmehr, und den Satz: daß eine von einem Unmündigen ohne Auctorität ſeines Tutors eingegan=gene Verbindlichkeit wenigſtens objective Gültigkeit habe, vorausgeſetzt, wird uns nun auch folgende Stelle Marcians

Fr. 64. pr. D. ad SCt. Trebell. (36, 1.)

in keine Verlegenheit mehr bringen: „Si ejus pu-„pilli, *cui sine tutoris auctoritate pecunia cre-„dita erat,* restituta ex eo SCto mihi fuerit here-„ditas: *si solvam creditori, non repetam:* atquin „heres, si post restitutionem solvat, *repetet non „ob aliud, quam quod ab eo in me naturalis*

„*obligatio transfusa intelligitur.*" Denn diese Stelle bestätigt ja nur die Objectivität der naturalis obligatio, welche sich jetzt bey dem Erben des Minderjährigen subjectiviren konnte. Dieser jetzt bey ihm subjectivirten — früher bloß objectiven — natürlichen Verbindlichkeit des Unmündigen halber kann nun auch der heres fideicommissarius das Bezahlte nimmer zurückfordern, der fiduciarius aber nur dann, wenn er nach Erstattung der Erbschaft bezahlt hat, und zwar nicht deßwegen, weil der Unmündige hätte zurückfordern können, sondern lediglich deßwegen, weil nach dem SCtum Trebellianum die Verbindlichkeiten des Erblassers auf den heres fideicommissarius übergiengen, somit nicht mehr seine des fiduciarii Verbindlichkeiten waren, und nach Paulus

Fr. 65. §. 9. D. de cond. ind. (12, 6.)

„Indebitum est non tantum, quod *omnino* non „debetur, sed et *si* etc. *id, quod alius debeat,* „*alius, quasi ipse debeat, solvat*" ein indebitum auch in bloß subjectivem Sinne denkbar ist. Bedenklicher aber ist jedenfalls der Schluß jener Mäcian'schen Stelle, welche also lautet: „Et si ejus mihi restituta sit hereditas, qui pupillo sine tutoris auctoritate crediderit: si solverit mihi pupillus, non „repetet: at si heredi solverit, repetet, non repetiturus, si ante restitutionem solvisset." Denn hier scheint offenbar Mäcian zu behaupten, daß der Unmündige, ohne Auctorität seines Tutors wenigstens eine natürliche Verbindlichkeit eingehen, und somit den freiwillig geleisteten Abtrag nicht mehr zurückfordern könne. Allein, daß auch diese Stelle sich füglich erklären läßt, ohne daß man geradezu einen Widerspruch zwischen ihr und andern annehmen muß,

werde ich sogleich zeigen. Die Stelle Mäcians ist nämlich aus einer „Libri fideicommissorum" betitelten Schrift desselben, somit aus einer Abhandlung über Fideicommisse, oder vielmehr über die Rechts-Verhältnisse bey Fideicommissen, entnommen, und in derselben handelt er nun insbesondere von dem Verhältniß des heredis fiduciarii zu dem heres fideicommissarius, und davon namentlich wieder in Beziehung auf die condictio indebiti. Im ersten bereits erklärten Theil dieser Stelle beantwortete er nun die Frage: Wem die condictio indebiti in dem dort gegebenen Falle zustehe? und im letzteren Theil: gegen wen sie zustehe, ob gegen den heres fiduciarius oder fideicommissarius? Die letztere Stelle enthält somit offenbar einen Gegensatz der ersteren, und um diesen desto schärfer hervorleuchten zu lassen, mußte er sich des nämlichen Falles und Beispiels, welches dem erstern Falle zu Grunde liegt, bedienen. Er mußte aber auch einen Fall, wo dem Unmündigen die Rückforderung an und für sich zustand, den Fall der Bereicherung nämlich (§. 65.) voraussetzen, weil nur dann die condictio indebiti gegen beide aus demselben Grunde denkbar war, und nun erst den Fall so unterstellt, konnte er nach den Grundsätzen des SCtum Trebellianum, wie geschehen, unterscheiden. Nicht also die Verbindlichkeit des Unmündigen, sondern das aus dem SCtum Trebellianum entspringende Verhältniß des heres fiduciarius zu dem heres fideicommissarius hatte Mäcian zunächst im Auge, und was er von der Verbindlichkeit des Unmündigen sagt, ist nur, um seine Sätze durch einen gegebenen Fall beispielsweise erläutern zu können, vorgetragen, und somit müssen wir auch bey diesem Beispiel die allgemeinen Rechts-Grundsätze unterstellen. So wird

nun aber auch die Mäcian'sche mit den übrigen Stellen nicht im Widerspruch stehen, und da wir, was von Justinian in der Instruction für die Compilatoren der Digesten

Constit. prima (Deo auctore) de conc. Dig. §. 8.

ausdrücklich vorgeschrieben, allgemein anerkannt, und zur Auslegungs-Regel erhoben ist, daß wir, wo immer möglich, nicht annehmen dürfen, daß die Compilatoren der Digesten widersprechende Stellen in dieselben aufgenommen haben, so dürfte sich meine Erklärung auch vom Standpunkte jener allgemeinen Auslegungs-Regel rechtfertigen. Somit bliebe also auch der Satz: daß Unmündige ohne Autorität des Tutors nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit eingehen können, bestehen, zugleich aber hat sich auch ein neuer Satz: daß solche Unmündige zwar objectiv gültige, subjectiv aber ungültige natürliche Verbindlichkeiten eingehen können, ergeben.

Fünfte Abtheilung.

Von der Verbindlichkeit der Minderjährigen.

§. 74.

Begriff eines Minderjährigen.

Minderjährig im weiteren Sinne des Worts ist nach den Grundsätzen des römischen Rechts ohne Unterschied des Geschlechts jeder, welcher das fünf und zwanzigste Jahr noch nicht zurückgelegt hat. Im engeren Sinne aber nennt das römische Recht den

Mündigen, welcher das fünf und zwanzigste Jahr noch nicht zurückgelegt hat, somit das Mädchen nach zurückgelegtem zwölften, den Jüngling nach zurückgelegtem vierzehnten Jahre minderjährig (§. 51.). Ulpian

Fr. 1. §. 2. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

§. 75.

Geschichte der cura minorum.

Die Tutel — Vormundschaft der Unmündigen hörte mit der Mündigkeit auf nach Gajus

Comment. L. I. §. 196. p. 88. et 89.

und Ulpian

Fr. 11. §. 28. vergl. auch proëm. J. quibus modis tutela finitur (1, 22.)

Bey Frauenzimmern zwar trat dann die tutela foeminarum, wovon Gajus

Comment. L. I. §§. 148 — 154. p. 72. et 73. §. 157. p. 74. 173 — 184. p. 81 — 83. §. 194. et 195. p. 87. et 88. (merkwürdig ist namentlich seine Kritik §. 189. bis 193. p. 85 — 87.)

und Ulpian

Fr. 11. 1. 6. 7. 8. 20. 22. 24.

jedoch mit etwas beschränkterer Wirkung, ein, wovon Gajus

l. c. §. 190. p. 86. et L. II. §. 80. p. 116.

und Ulpian

Fr. l. c. 25. et 27.

Diese tutela foeminarum kennt jedoch die Justinianische Gesetzgebung nicht mehr. Wann sie aufgehört, und ob sie erst durch letztere verdrängt worden? ist ungewiß. Mündige Jünglinge waren sich selbst überlassen. Dieß änderte jedoch die Lex Laetoria

oder Plaetoria nach der Tabula Heracleensis, von welcher wir die erste vollständige — ja beinahe einzige Nachricht (denn die oberflächliche Erwähnung derselben von Cicero

de officiis L. III. cap. 15.

verdient wohl den Namen einer Nachricht nicht) von Julius Capitolinus haben. Dieser erzählt uns nämlich in der Lebensbeschreibung des

Marc. Ant. Philos. (Divus Marcus) cap. 10.

folgendes: „De curatoribus vero, cum ante non nisi „*ex lege Laetoria* vel *propter lasciviam*, vel „*propter dementiam* darentur, ita statuit, *ut om-* „*nes adulti curatores acciperent non redditis* „*causis*" und daß unter diesen adultis die minores XXV. annis zu verstehen sind, ersieht man aus der

Const. 2. Cod. Theodos. de donat. (8, 12.)

nach welcher zu der legitima aetas das egredi annos Legis L oder Plaetoriae erfordert wird. Allein eben diese Stelle Capitolins ist wenigstens in früheren Zeiten auf verschiedene Weise ausgelegt worden. Einige haben nämlich behauptet, daß der Imperator Marc Antonin die cura minorum als eine Zwangs-Anstalt eingeführt habe, und somit jedem Minderjährigen ein Curator von Amtswegen habe bestellt werden müssen, dagegen Andere, daß auch nach dieser Verordnung dem Minderjährigen in der Regel gegen seinen Willen kein Curator habe aufgedrungen werden können. Prüfen wir nun die Stelle Capitolins genauer, so finden wir folgenden Sinn: nach der Lex L oder Plaetoria haben den Minderjährigen im engern Sinne des Worts nur „propter lasciviam," was hier wohl eine ungeordnete Aufführung im weitesten Sinne des Worts bezeichnet, oder „propter dementiam" Mangel an Intelligenz, also nur reddita causa

oder ex causae cognitione, und zwar nur aus einer für den Minderjährigen ehrenrührigen oder wenigstens ihn einigermaßen herabsetzenden causa Curatoren bestellt werden können. Dieß habe der Imperator Marc Antonin aufgehoben, und verordnet, daß allen Minderjährigen auch ohne Angabe eines in der Lex L oder Plaetoria enthaltenen Grundes Curatoren bestellt werden sollen — non redditis causis. Somit erleichterte also Marc Antonin den Minderjährigen das Gesuch um Bestellung eines Curators, indem er die Minderjährigkeit selbst als einen hinreichenden Grund der Curatel ansah, keineswegs aber sprach er damit aus, daß die cura minorum als Zwangs-Anstalt eingeführt werden solle. Denn so finden wir noch eine Stelle Papinians, welcher nicht lange nach dem Imperator Marc Antonin lebte,

Fr. 13. §. 2. D. de tut. et cur. (26, 5.)

„Quoniam tamen *minoribus annorum desiderantibus* curatores dari solent“ ja selbst die Justinianische Gesetzgebung

§. 2. J. de curat. (1, 23.)

„*Inviti* adolescentes curatores *non* accipiunt, praeterquam in litem,“ wozu wohl auch noch die sehr sprechende Stelle des Theophilus

Paraphr. Instit. L. II. tit. 8. §. 2. (Ed. Reitz, p. 314.)

„οἶδας γὰρ, ὅτε ὁ ἄνηβος „κουρατωρεύεται“	„scis enim, quando impuber curatorem habeat“

gehört, hat die cura minorum noch zu keiner Zwangs-Anstalt in der Regel erhoben. Ich trete daher auch mit aller Ueberzeugung der letzteren, in den neuesten Zeiten so ziemlich allgemeinen, Ansicht bey, daß nach römischem Recht die cura minorum in der Regel keine Zwangs-Anstalt gewesen seye.

§. 76.

§. 76.

Unterschied der Minderjährigen nach den Grundsätzen des römischen Rechts.

Somit kannte also das römische Recht zweierlei Arten von Minderjährigen, nämlich bevormundete und nicht bevormundete, und daß hiernach auch ihre Rechts-Verhältnisse in Beziehung auf Verbindlichkeiten verschieden waren, werden wir sogleich sehen.

§. 77.

Verschiedene Rechts-Verhältnisse der Minderjährigen in Beziehung auf Verbindlichkeiten.

Die Hauptstelle über die verschiedenen Rechts-Verhältnisse der Minderjährigen in Beziehung auf Verbindlichkeiten ist ein Rescript der Imperatoren Diocletian und Maximian

Constit. 3. C. de in integr. restit. (2, 22.)

„Si *curatorem habens* minor XXV. annis post „pupillarem aetatem res vendidisti, *hunc con*-„*tractum servari non oportet*, quum non absi-„milis ei habeatur minor curatorem habens, cui a „Praetore, curatore dato, bonis interdictum est. „Si vero *sine curatore constitutus* contractum fe-„cisti, *implorare in integrum restitutionem*, si „necdum tempora praefinita excesserint, non pro-„hiberis."

Sehr treffend geben uns nun auch die „Basiliken"

L. X. tit. 4. §. 53. (Ed. Fabr. Tom. I. p. 635.)

diese Stelle wieder:

„Θαυμαςὸν νόμιμόν φησιν „ἡ διάταξις αὕτη· ὅτι ὁ ἀ- „φηβος, ἐι μὴν ἔχων κουρά- „τωρα, πέπρακε πρᾶγμα „παρὰ γνώμην τοῦ κουράτω- „ρος, αὐτῷ τῷ νόμῳ ἄχρη- „ςός ἐςιν ἡ πρᾶσις, ὡς μηδὲ „ἀποκαταςάσεως ἀυτὸν χρή- „ζειν, ἐπειδὴ ὁ κουράτωρα „ἔχων καὶ δίχα ἀυτοῦ συν- „αλλάττων, ἔοικε τῷ ἀσώ- „τῳ, ᾧ τινι δέδοται παρὰ „τοῦ πραίτωρος κουράτωρ. „Ἐι μὴν τοι μὴ ἔχων κουρά- „τωρα πέπρακε πρᾶγμα ἴδιον „ὁ ἐλάττων, τότε ἔῤῥωται „μὴν τῷ νόμῳ ἡ πρᾶσις· διὰ „δὲ τῆς ἀποκαταςάσεως ἀυ- „τὴν δύναται ἀνατρέπειν, ἐι „μήπω παρῆλθον οἱ τῆς απο- „καταςάσεως χρόνοι.“

„Mirabilem causam haec „constitutio complecti- „tur. Si pubes *cura- „torem habens sine con- „sensu curatoris* rem „vendiderit, *ipso jure „venditio nulla est,* ut „restitutione non egeat, „quia curatorem habens, „et sine eo contrahens, „similis est prodigo, cui „curator a Praetore da- „tus est. *Si vero sine „curatore constitutus* „minor rem suam ven- „diderit, *venditio qui- „dem valet, sed per „integrum restitutio- „nem eam revocare pot- „est,* si necdum tempora „praefinita restitutioni „excesserint.“

§. 78.

Fortsetzung. Erläuterung des Fr. 101. D. de V. O. (45, 1.)

Ehe ich aber zur Erläuterung dieser Stelle übergehe, habe ich vorerst noch einer andern des Paulus

Fr. 101. D. de V. O. (45, 1.).

„Puberes *sine curatoribus suis* possunt ex stipu„latu obligari,“ welche der obigen geradezu zu widersprechen scheint, zu erwähnen. Die Glosse nämlich schon übersetzte das Wort „suis“ durch quos habent“, und setzte durch diese Erklärung unsere Stelle mit der obigen wirklich in Widerspruch. Allein ich gestehe

offen, daß ich auf das Wort „suis", auf welches man gewöhnlich ein so großes Gewicht legt, durchaus keines zu legen weiß, sondern es lediglich für einen Pleonasmus halte, und daß die Worte „sine curatoribus suis" für mich gerade den Sinn haben, wie die Ulpians

Fr. 7. §. 2. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

„sine curatoribus" ohne den Beisatz „suis." Die Erklärung der Glosse enthält nämlich einen groben Verstoß gegen den Sprachgebrauch; denn die römischen Rechts-Gelehrten bedienten sich der Ausdrücke „sine tutore oder curatore" und „sine auctoritate „vel consensu tutorum vel curatorum" niemals als gleichbedeutender, sondern „sine tutore vel curatore" bezeichnet immer den Mangel eines Tutors oder Curators, während der bloße Mangel der Einwilligung des vorhandenen Tutors oder Curators immer durch den Ausdruck: sine auctoritate vel consensu tutoris „vel curatoris" bezeichnet wird. Wollte ich alle die Stellen, welche hiefür als Belege dienen könnten, anführen, so würde ich deren eine große Menge geben können; ich glaube aber mich Kürze halber auf die bereits abgedruckten beziehen zu können. Noch weiter aber muß ich bemerken, daß die römischen Rechts-Gelehrten, wenn sie auf das Wort „suis" ein Gewicht legen wollten, dasselbe als Beiwort immer dem Hauptwort voraussetzen, z. B. suus heres. Doch auch hierüber glaube ich mich auf Brisson

de V. S. sub voce „suus"

beziehen zu können. — Erscheint nun aber, wie ich gezeigt zu haben glaube, das Wort „suis" als pleonastisch, und bezeichnet der Ausdruck „sine curatoribus" immer nur den Mangel eines Curators, und nicht bloß den Mangel der Einwilligung desselben, so

6 *

enthält die Stelle des Paulus nichts anders als das Diocletian'sche Rescript.

§. 79.

Fortsetzung. Erläuterung des Const. 3. C. de in integr. restit. (2, 22.)

Das Diocletian'sche Rescript (§. 77.) aber unterscheidet zwischen solchen Minderjährigen, welche keinen Curator haben, und solchen, welche zwar einen Curator haben, aber ohne Einwilligung desselben verbindlich geworden sind. Die Verbindlichkeiten der ersteren erkennt es als rechtsbeständig an, und läßt dagegen nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu; den Verbindlichkeiten der letzteren aber spricht es alle Rechtskraft ab, indem es sie mit gerichtlich erklärten Verschwendern vergleicht. Nun möchte zwar hier die Frage entstehen: Ob nicht die Vergleichung solcher Minderjährigen mit Unmündigen passender gewesen wäre? Hierauf erwiedere ich Folgendes: Wir finden im römischen Recht eine, wenn auch nur theoretische (denn schreckliche Beispiele entgegengesetzter Praxis bietet die römische Geschichte), zarte Achtung für die natürliche Freiheit, und eine gewisse Scheu vor allen neuen sie beschränkenden Institutionen. Daher auch da, wo solche eingeführt worden, sichtbar nach einer Analogie des früheren Rechts gehascht wurde, an welche dann die neue Institution als eine der früheren gleichartige angereiht werden konnte. Mit der tutela impuberum ließ sich nun aber die cura minorum nicht vergleichen, weil hier die Mündigkeit und Unmündigkeit den Vergleichungs-Grund abgeschnitten hatte, somit ließ sich auch aus der tutela impuberum keine Analogie für die cura minorum ableiten, eine solche aber bot die cura prodigorum.

Wenn nun auch das Diocletian'sche Rescript den minorem einen prodigo non absimilem, nicht similem nennt, so will es damit nicht sagen, daß der minor durchaus mit einem prodigo zu vergleichen seye, sondern es bezieht sich dieser Ausdruck vielmehr auf die Analogie der cura beider in Beziehung auf Begründung der cura minorum. Denn so ist auch die cura prodigorum auf der cura furiosorum abgeleitet, und dennoch ist der prodigus dem furiosus auch nicht similis, sondern bloß non absimilis, wovon unten (§. 88.). Vielmehr sind die Minderjährigen, welche einen Curator haben, lediglich wie die Unmündigen zu behandeln, Minderjährige aber, welche keinen Curator haben, sind, da sie rechtskräftig verbindlich werden können, lediglich auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verwiesen.

§. 80.

Von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Diese Wiedereinsetzung in den vorigen, d. h. den Stand vor eingegangener Verbindlichkeit, oder in den Stand, als ob keine Verbindlichkeit eingegangen worden wäre, haben wir nun genauer zu betrachten. Sie ist nämlich nach Ulpian

Fr. 1. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

ein prätorisches Institut, welches nicht bloß auf Minderjährige im engern Sinne des Worts beschränkt ist, sondern allen Minderjährigen zusteht, somit also auch den Unmündigen, wenn sie unter Auctorität ihres Tutors eine ihnen nachtheilige Verbindlichkeit eingegangen haben, nach

Modestin Fr. 29. pr.
und } D. ej. tit.
Scävola Fr. 47. pr.

§. 81.

In welchen Fällen diese Wiedereinsetzung statt finde, und in welchen nicht?

Die Wiedereinsetzung findet nun in der Regel überall da statt, wo es sich von Abwendung eines dem Minderjährigen drohenden Nachtheils, selbst wenn dieser Nachtheil nicht geradezu pecuniär seyn sollte, handelt, nach Ulpian

Fr. 6. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

„Minoribus XXV. annis subvenitur per in integrum „restitutionem, *non solum cum de bonis eorum* „*aliquid minuitur; sed etiam cum intersit ipso-* „*rum litibus et sumptibus non vexari*" und

Fr. 7. D. ej. tit.

„Ait Praetor, gestum esse dicetur. *Gestum* autem „sic accipimus *qualiter, qualiter sive contractus* „*sit, sive quid aliud contigit.*" Ausnahmsweise findet sie jedoch nicht statt:

1. wenn der Nachtheil sehr unbedeutend ist, nach Callistratus

Fr. 4. D. de in integ. restit. (4, 1.)

„Scio illud a quibusdam observatum, *ne propter* „*satis minimam rem vel summam:* si majori rei „vel summae praejudicetur; audiatur is, qui in in- „tegrum restitui postulat."

2. wo der Nachtheil durch ein ordentliches Rechtsmittel — eine civil-rechtliche Klage — im Gegensatz dieses prätorischen, oder eine Einrede abgewendet werden kann, nach Ulpian

Fr. 16. pr. et §. 1. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

„In causae cognitione etiam hoc versabitur, num „forte *alia actio* possit competere circa in inte- „grum restitutionem: nam si *communi auxilio*

(die „Basiliken"

L. X. tit. 4. §. 16. (Ed. Fabr. Tom. I. p. 622.)
„πολιτικὴ βοήθεια“ „civile auxilium) *et mero jure* „*munitus sit, non debet ei tribui extraordina-* „*rium auxilium*, utputa cum pupillo contractum „est sine tutoris auctoritate, nec locupletior factus „est. §. 1. Item relatum est apud Labeonem, si „minor circumscriptus societatem coierit, vel (etiam) „donationis caussa, nullam esse societatem nec inter „majores quidem. Diesen Satz erläutert nun auch **Ulpian** durch zwey einander entgegengesetzte Beispiele. Denn einmal ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überall da überflüssig, wo der Minderjährige die Rechte der Unmündigen hat, und somit gar keine Klage gegen ihn statt findet (§. 62.), sodann aber auch da, wo jeder, selbst der Volljährige, durch die Gesetze geschützt ist, indem hier der Minderjährige — als solcher — keines besondern Rechts-Schutzes benöthigt ist. Zu den zwey Beyspielen des letzteren Falls, welche **Ulpian** gibt, und zwar zu dem ersteren finden wir eine Erläuterung von **Paulus**

Fr. 3. §. 3. D. pro socio (17, 2.)
„Societas, si dolo malo aut fraudandi causa coita „sit, ipso jure nullius momenti est: quia fides „bona contraria est fraudi et dolo,“ und zu dem letzteren von **Ulpian** selbst

Fr. 5. §. 2. D. ej. tit.
„Donationis causa societas recte non contrahitur.“

4. wenn der Nachtheil bloß durch Zufall erfolgt ist, nach **Ulpian**

Fr. 11. §. 4. u. 5. D. de min. XXV. annis (4, 4.)
„Item non restituetur, qui sobrie rem suam ad- „ministrans, *occasione damni non inconsulte ac-* „*cidentis, sed fato*, velit restitui: nec enim „eventus damni restitutionem indulget, sed incon- „sulta facilitas. Unde Marcellus apud Julianum

„notat, si minor sibi servum necessarium compa„raverit, mox decesserit, non debere eum restitui: „neque enim captus est emendo sibi rem pernecessariam, licet mortalem. §. 5. Si locupleti he„res extitit, et subito hereditas lapsa sit (puta „praedia fuerunt, quae chasmate perierunt, insulae „exustae sunt, servi fugerunt, aut decesserunt) Ju„lianus quidem L. XLVI. sic loquitur, quasi possit „minor in integrum restitui: Marcellus autem „apud Julianum notat, cessare in integrum restitu„tionem: neque enim aetatis lubrico captus est ade„undo locupletem hereditatem: et quod fato con„tingit, cuivis patrifamilias, quamvis diligentissimo, „possit contingere. Sed haec res adferre potest „restitutionem minori, si adiit hereditatem, in „qua res erant multae mortales, vel praedia urbana, „aes autem alienum grave: quod non prospexit „posse evenire, ut demoriantur mancipia, praedia „ruant: vel quod non cito distraxerit haec, quae „multis casibus obnoxia sunt.“ Erwägt man nun diese Stelle genauer, so findet man, daß selbst wegen eines Zufalls Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt werden kann, wenn nämlich der Zufall in einer Sache erfolgt ist, gegen welche der Minderjährige hätte restituirt werden können. Gesetzt nämlich, der Minderjährige kauft eine ihm durchaus überflüssige Sache, welche nachher zu Grunde geht, im Beispiel Ulpians einen Sklaven, welcher nachher natürlichen Todes stirbt, so kann er hier restituirt werden, weil er gegen den Kauf schon als ex inconsulta facilitate hätte restituirt werden können; kauft er aber einen ihm nothwendigen Sklaven, so kann er, weil der eventus damni kein Restitutions-Grund ist (vergl. auch Marcian §. 65. a. E.), nicht restituirt werden.

Was also **Ulpian** hier behauptet, ließe sich wohl in folgenden zwey Regeln ausdrücken: — Restitution gegen einen Zufall an und für sich kann niemals ertheilt werden. Hat sich aber ein nachtheiliger Zufall in einer Sache, gegen welche Restitution ertheilt werden konnte, ereignet, so hindert dieser die Restitution nicht, wonach die Regel **Ulpians**: nec enim eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas so zu ergänzen wäre: „indultam autem inconsultae facilitati eventus damni non impedit."

5. Kann der Minderjährige gegen den Minderjährigen dann nicht restituirt werden, wenn und insoweit der Letztere hierdurch in unvermeidlichen Nachtheil gerathen würde, nach

Paulus, Rec. Sent. (1, 9, 4.)

„Si minor XXV. annis „filiofamilias minori pecuniam credidit, *melior* „*est* causa consumentis; „*nisi locupletior ex hoc* „*inveniatur litis contestatae tempore is, qui* „*accepit.*"

Ulpian, Fr. 11. §. 6. D. ej. tit.

„Item quaeritur, si minor adversus minorem „restitui desiderat, an sit „audiendus? et Pomponius simpliciter scribit, „non esse restituendum. „Puto autem inspiciendum a Praetore, *quis* „*captus sit*: proinde *si* „*ambo capti sunt*, verbi gratia, *minor minori pe-* „*cuniam dedit, et ille perdidit*: *melior* est *causa* „secundum Pomponium *ejus, qui accepit, et* (vel) „*dilapidavit, vel perdidit.*"

§. 82.

In wie weit Minderjährige auch gegen Verbindlichkeiten ex delicto vel quasi delicto restituirt werden können?

Eine besondere Untersuchung verdient aber die Frage: In wie weit Minderjährige gegen Verbind-

lichkeiten ex delicto vel quasi delicto restituirt werden können? Daß übrigens bey dieser Frage nur Minderjährige, welche bereits mündig, oder der Mündigkeit näher als der Kindheit sind, unterstellt werden können, versteht sich nach dem oben (§. 54.) Vorgetragenen von selbst. Hierüber Ulpian

Fr. 9. §. 2. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

„Nunc videndum, minoribus utrum in *contractibus* „captis duntaxat subveniatur, an etiam *delinquenti*„*bus:* utputa dolo aliquid minor fecit in re deposita, „vel commodata, vel alias in contractu: an ei sub„veniatur? Et placet *in delictis minoribus non* „*subveniri:* nec hic itaque subvenietur. Nam et „si furtum fecerit, vel damnum injuria dedit: non „ei subvenietur. Sed si cum ex damno dato con„fiteri possit, ne dupli teneatur, maluit negare: in „hoc solum restituendus sit, ut pro confesso ha„beatur. Ergo et si potuit pro fure damnum de„cidere magis quam actionem dupli vel quadrupli „pati, ei subvenietur." Tryphonin

Fr. 37. §. 1. D. ej. tit.

„In delictis autem minor annis XXV. non meretur „in integrum restitutionem: utique atrocioribus; „nisi quatenus interdum miseratio aetatis ad me„diocrem poenam judicem perduxerit." Diese beiden Stellen sind aber nun zu erläutern: Ulpian und Tryphonin behaupten beide, daß minores delinquentes nicht restituirt werden können. Ein delictum, Vergehen oder Verbrechen aber hat zweierley Folgen, einmal eine natürliche — civilrechtliche, nämlich die Verbindlichkeit zum Ersatz des hiedurch gestifteten Schadens, sodann aber noch eine andere lediglich positive, nämlich die eines Uebels, welches die positive Gesetzgebung für dasselbe bestimmt hat — eine strafrechtliche.

Nach den Grundsätzen des römischen Rechts aber kann dieses Uebel, Strafe genannt, entweder nur auf Anrufen des Beschädigten statt finden (delicta privata)

tot. tit. D. de privat. del. (47, 1.)

und besteht in diesem Fall in einem mehrfachen Ersatze, oder auf Anrufen eines jeden Andern (publica delicta)

§. 1. J. de publ. judic. (4, 18.)

„Publica autem dicta sunt, quod cuivis ex populo „executio eorum plerumque datur," und dann kann es in Vermögens-Verlust, einer Freiheits-, Leibes-, oder Lebens-Strafe bestehen. Mit den Privat-Vergehen oder Verbrechen aber hängen nur die sogenannte actiones mixtae — gemischte Klagen, — quibus rem et poenam persequimur, nach Gajus

Comm. L. IV. §. 9. p. 300. §. 19. J. de act. (4, 6.)

d. h. solche Klagen, wodurch ein mehrfacher Betrag der Entschädigung, und zwar der einfache als Entschädigung, der weitere als Privat-Strafe (poena) gefordert werden kann, sodann die reinen Straf-Klagen — actiones poenales — quibus poenam tantum consequimur, und neben welchen immer noch eine andere Klage für die civilrechtliche Entschädigung besteht, nach Gajus

Comm. L. IV. §. 8. p. 300. §. 8. J. de act. (4, 6.)

zusammen. Wenn nun die oben erwähnten Rechts-Gelehrten den Satz: daß gegen delicta keine Restitution statt finde, aufstellen, so haben sie beide zunächst die civilrechtlichen Folgen — die civilrechtlichen aus solchen entspringenden Verbindlichkeiten — im Auge. Dieß zunächst drückt Ulpian durch den Satz: „nam „et si furtum fecerit, vel damnum injuria dedit; „non ei subvenietur" aus. Nun geht er aber auf die strafrechtlichen, und zwar die privat-strafrechtlichen

Folgen über, und behauptet: daß, wenn der z. B. ex lege Aquilia belangte Minderjährige geläugnet, und somit eine actionem mixtam auf doppelten Ersatz (§. 45.) gegen sich begründet habe, er wenigstens insoweit zu restituiren seye, daß er als geständig angenommen werden könne, somit also auch nur die einfache civilrechtliche Entschädigung zu leisten habe. Nun geht er auf ein anderes Beispiel, nämlich das furtum über, und behauptet, daß der Minderjährige wenigstens insoweit restituirt werden könne, daß ein über den Betrag des Diebstahls zwischen ihm und dem Bestohlenen zu Stande gekommener Vergleich angenommen werde, die Worte Ulpians „pro fure „damnum decidere“ übersetzen nämlich die Basiliken

L. X. tit. 4. §. 9. (Ed. Fabr. Tom. I. p. 619.)

ganz richtig:

„ἐπὶ τῆς κλοπῆς διαλύ-„σασθαι.“	„in furto transigere,“

wonach er also auch bloß die civilrechtliche Entschädigung zu leisten hatte. Den Grund aber, warum bey der Klage ex lege Aquilia kein Vergleich angenommen werden konnte, führt Paulus an:

Rec. Sent. 1, 19, 1.

„Ex his causis, quae inficiatione duplantur (§. 45.), „pacto decidi non potest,“ woraus sich zugleich die Richtigkeit der Uebersetzung der Basiliken ergibt. Der kurze Sinn der Stelle Ulpians ist also der: Gegen die civilrechtlichen Folgen eines Vergehens oder Verbrechens können Minderjährige niemals, wohl aber können sie gegen die strafrechtlichen Folgen, insofern diese in einer Privat-Strafe bestehen, restituirt werden, und damit stimmt auch Tryphonin überein, wenn er behauptet, daß bey delictis atrocioribus,

worunter er, wie wir aus einer Stelle des Paulus
Rec. Sent. 1, 9, 1.
ersehen: „Minor XXV. annorum si aliquod flagi„tium admiserit, *quod ad publicam coërcitionem* „*spectet*, ob hoc in integrum restitui non potest“ wohl die delicta publica versteht, der Minderjährige gar nicht, weder in Hinsicht auf die civil-, noch auf die strafrechtlichen Folgen restituirt werden, und Minderjährigkeit höchstens als Milderungs-Grund dienen könne.

§. 83.

Von den Folgen und der Wirkung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Wir haben nun noch die Folgen und die Wirkung der Restitution genauer zu erwägen. Hierüber Paulus
Fr. 24. §. 4. D. de min. XXV. annis (4, 4.)
„Restitutio autem ita facienda est, *ut unusquisque* „*integrum jus suum recipiat.* Itaque si in ven„dendo fundo circumscriptus restituetur, jubeat „Praetor emtorem fundum cum fructibus reddere „et pretium recipere: nisi si tunc dederit, cum „eum perditurum non ignoraret: sicuti facit in ea „pecunia, quae ei consumpturo creditur. Sed „parcius in venditione: quia aes alienum ei solvi„tur, quod facere necesse est, credere autem non „est necesse: nam et si origo contractus ita con„stitit, ut infirmanda sit, si tamen necesse fuit pre„tium solvi, non omnimodo emtor damno adficien„dus est.“ Paulus behauptet somit, die Restitution könne nur unbeschadet des beiderseitigen früheren Rechts-Zustandes erfolgen. Nun geht er auf ein Beispiel, wenn der Minderjährige gegen den Verkauf eines Guts restituirt worden ist, über, und behauptet, daß der Käufer das Gut und der Minderjährige den

hiefür erhaltenen Preis zurückerstatten müsse. Früchte und Zinsen können jedoch nach einer andern Stelle desselben

Rec. Sent. 1, 9, 7.

„Minor adversus emptorem in integrum restitutus, „pretio restituto fundum recipere potest. Fructus „enim in compensationem usurarum penes empto„rem manere placuit." gegeneinander aufgehoben werden. Doch seye der Minderjährige zu Erstattung des Preises in dem Falle nicht verbunden, wenn der Käufer ihm denselben, unerachtet er die zwecklose Verwendung desselben vorausgesehen, quasi perdituro bezahlt habe. Licht über diese Worte gibt die Stelle Ulpians

Fr. 12. §. 11. D. Mand. (17, 1.)

„Si adolescens luxuriosus mandet tibi, *ut pro me„retrice fidejubeas*, idque tu *sciens* mandatum „susceperis, non habebis mandati actionem, quia „simile est, quasi *perdituro* (die Basiliken

L. II. tit. 14. §. 12. [Ed. Fabr. Tom. II. p. 141.]

übersetzen dieß durch „ἀσώτῳ" „prodigo") „pecuniam „sciens credideris." Doch müsse mit dem Käufer glimpflicher als mit demjenigen, welcher dem Minderjährigen zu zweckloser Verwendung Geld geliehen habe, verfahren werden, denn der Käufer habe ja nur eine Schuld bezahlt, wozu er nöthigenfalls rechtlich hätte angehalten werden können, der Darleiher aber habe dem Minderjährigen ganz freiwillig geliehen. Er, Paulus könne daher auch nicht glauben, daß der Käufer unter allen Umständen seinen, wenn gleich von dem Minderjährigen zwecklos ausgegebenen, Kaufpreis verlieren solle, wie denn auch, wenn der Kauf als ursprünglich nichtig aufgehoben worden, der Käufer den Kaufpreis nicht unter allen Umständen verliere. Hier gibt nun Paulus mehrere Zweifels-, aber durch-

aus keine Entscheidungs-Gründe, denn sein „parcius“ hat er durchaus nicht näher motivirt, und es so unmotivirt auf einzelne Fälle anzuwenden möchte wohl sehr schwierig seyn. Auch steht er mit seinen Zweifels-Gründen allein, denn anders und bestimmt sprechen sich Gajus, Modestin und Scävola aus, deren Meinung wir nun auch vernehmen wollen.

Scävola Fr. 47. §. 1. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

„Curator adolescentium „praedia communia sibi, „et his, quorum curam „administrabat, vendidit: „quaero, si decreto Praetoris adolescentes in integrum restituti fuerint, „an eatenus venditio rescindenda sit, quatenus „adolescentium pro parte fundus communis „sit? respondi, eatenus „rescindi; nisi si emptor „a toto contractu velit „discedi, quod partem „empturus non esset. Item „quaero: emptor utrum „a Sejo et Sempronio „pupillis pretium cum „usuris recipere deberet, „an vero ab herede curatoris? Respondi: heredes quidem curatoris „teneri; verum in Sejum

Gajus Fr. 27. §. 1. D. ej. tit.

„Si pecuniam, quam „mutuam minor accepit, „dissipavit, denegare debet Proconsul creditori „adversus eum actionem: „quod si egenti minor „crediderit, ulterius procedendum non est, „quam ut jubeatur juvenis actionibus suis, „quas habet adversus „eum, cui ipse credidisset, cedere creditori „suo. Praedium quoque „si ex ea pecunia pluris, „quam oporteret, emit, „ita temperanda res erit, „ut jubeatur venditor „reddito pretio recuperare praedium: ita ut „sine alterius damno „etiam creditor a juvene „suum consequatur. Ex „quo scilicet simul in-

(Scävola.)
„et Sempronium pro „parte, qua eorum fun„dus fuit actiones dandas: „*utique si ad eos accep„ta pecunia pro eadem „parte pervenisset.*“

Modestin, Fr. 32. §. 4. D. de adm. tut. (26, 7.) „Interposito curatore ad„olescens fundum Titio „vendidit: postea agni„ta fraude in integrum „restitutus, in possessio„nem induci jussus est. „*Quaero: an, cum ex „hac venditione melior „factus non est, neque „in rem suam quidquam „versum probetur, pre„tium emtori restituere „non debeat? Mode„stinus respondit; pre„tium fundi ab adoles„cente venundati, si ra„tionibus ejus non pro„fuit, nec quicquam* de eo (a) *judicante de in „integrum restitutione statutum est, emtorem „frustra postulare.*“

(Gajus.)
„telligimus, quid obser„vari oporteat, *si sua „pecunia pluris, quam „oportet, emerit:* ut ta„men hoc et superiore „casu venditor, qui pre„tium reddidit, etiam „usuras, quas ex ea pe„cunia percepit aut per„cipere potuit, reddat, et „fructus, *quibus locu„pletior factus est juve„nis,* recipiat: Item ex „diverso, *si minore pre„tio, quam oportet, ven„diderit adolescens: „emtor quidem juberi „dedebit praedia cum „fructibus restituere, „juvenis autem eatenus „ex pretio reddere, qua„tenus ex ea pecunia „locupletior est.*“

— Sämmtlich diese sind nämlich darüber einverstanden, daß der Minderjährige den Kaufpreis — nur, in so ferne er hiedurch bereichert worden — zu ersetzen habe, und kennen somit das sehr schwankende „parcius“ des Paulus nicht, ja auch der Schlußsatz des Paulus, daß

daß wenn der Kauf als nichtig aufgehoben worden, der Käufer den Kaufpreis nicht unter allen Umständen verliere, ist wenigstens nach der späteren Jurisprudenz, worüber zwey Rescripte der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 10. et 16. C. de praediis et aliis reb. min. (5, 71.)

in Beziehung auf die ohne Decret veräußerten Grundstücke der Minderjährigen vorliegen, unrichtig. Paulus Zweifels-Gründe scheinen somit nirgends Eingang gefunden zu haben, und die Compilatoren der Digesten haben, indem sie diese Stelle des Paulus aufnahmen, sich gegen ihre Instruction

Const. prima (Deo auctore) de concept. Digest. §. 8. „Nulla in omnibus praedicti Codicis membris antinomia aliquem sibi vindicet locum, sed sit una „concordia, una consequentia adversario nemine „constituto“

unfehlbar benommen. Dieß hindert uns jedoch — um so mehr, als die Meinung des Paulus durchaus nicht näher motivirt, und vielmehr nur als Zweifel gegen die andere und in Form von Zweifels-Gründen vorgetragen ist — durchaus nicht — die Meinung der übrigen, daß nämlich der Minderjährige nach erfolgter Restitution nur in so weit, als er sich bereichert findet, Ersatz zu leisten habe — als die geltende anzunehmen.

§. 84.

Von der Wirkung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf eine von dem Minderjährigen eingegangene Novation.

Welche Wirkung aber die Restitution insbesondere auf eine von dem Minderjährigen eingegangene Novation äußere? darüber Pomponius

Fr. 50. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

„INius Diophantus Pomponio suo salutem. Mi-
„nor XXV. annis novandi animo intercessit pro
„eo, qui temporali actione tenebatur, tunc, cum ad-
„huc supererant decem dies, et postea in inte-
„grum restitutus est: utrum restitutio, quae cre-
„ditori adversus priorem debitorem datur, decem
„dierum sit, an plenior? Ego didici, ex tempore
„in integrum restitutionis tantundem temporis prae-
„standum, quantum supererat: tu, quid de eo pu-
„tas, velim rescribas. Respondit: sine dubio, quod
„de temporali actione, in qua intercessit minor,
„sensisti, puto verius esse: ideoque et pignus,
„quod dederat prior debitor, manet obligatum."
Zunächst ist nun freilich die vorliegende Frage in dieser Stelle nicht beantwortet, allein eben daraus, daß Diophantus nicht darüber: ob die durch die Novation aufgehobene Verbindlichkeit durch die Restitution wieder auflebe? sondern nur über ihre Lebens-Dauer sich im Zweifel befand, und Pomponius seiner Ansicht über letztere unbedingt beypflichtete, läßt sich wohl mit aller Zuverläßigkeit annehmen, daß eine durch die von einem Minderjährigen eingegangene Novation aufgehobene Verbindlichkeit durch die Restitution wieder auflebe, und daß dieß weder dem Diophantus noch dem Pomponius im mindesten zweifelhaft erschien, und hiemit stimmt nun auch ein Rescript des Imperators Antonin

Const. 1. C. de reput. (2, 48.)

„Sed et si intercessor minor XXV. annis interve-
„nerit, *in veterem debitorem debet restitui ac-*
„*tio*" überein. Auch steht die Stelle Papinians

Fr. 48. §. 1. D. de fidej. (46, 1.)

„Huic similis et illa quaestio videri potest: ob ae-
„tatem si restituatur in integrum unus fidejussor,

„an alter onus obligationis integrum excipere de-„beat? sed ita demum alteri totum irrogandum est, „si postea minor intercessit, propter incertum ae-„tatis ac restitutionis. *Quod si dolo creditoris* „*inductus sit minor, ut fidejubeat, non magis* „*creditori succurrendum erit adversus confide-„jussorem, quam si facta novatione circumvento* „*minore desideraret in veterem debitorem utilem actionem sibi dari*" — hiermit nicht im Widerspruch, denn man muß nur, wie dieß auch in den Basiliken

L. XXVI. tit. 1. §. 48. (Ed. Fabr. Tom. IV. p. 104.)

„ὥσπερ οὔτε ἡνίκα κατὰ δό-„λον μεταγάγῃ εἰς ἀφήλικα"	„nec si minor *dolo creditoris* pro debitore expromiserit novatione „facta."

ganz richtig bemerkt ist, das Wort „dolo" welches im ersten Satze steht, auch in den letzteren vor die Worte „facta novatione" setzen. Hier spricht Papinian von einem ganz andern Falle, nämlich von demjenigen, wo die Verbindlichkeit aus einem objectiven Grunde, nämlich wegen des dolus des Gläubigers, und nicht bloß aus einem subjectiven Grunde, wegen Minderjährigkeit des Schuldners, aufgehoben wurde. Denn da in dem vorliegenden Falle die frühere Verbindlichkeit durch die Novation aufgehoben, und die neue wegen dolus des Gläubigers zernichtet wurde, so ist offenbar gar keine Verbindlichkeit mehr vorhanden, und somit auch kein Rückfall derselben an den früheren Gläubiger denkbar, wogegen, wenn der Minderjährige nur wegen seiner Minderjährigkeit restituirt wird, die Verbindlichkeit an und für sich immer noch vorhanden ist, und nur das Subject dersel-

ben sich ändert, diese somit auch nach den Grundsätzen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand von selbst auf den früheren Gläubiger zurückfällt (vergl. auch §. 85.).

§. 85.

Ob nach der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht wenigstens noch eine objective natürliche Verbindlichkeit zurückbleibe?

Wir haben schon oben (§. 72.) gesehen, daß Unmündige auch ohne Auctorität ihrer Tutoren wenigstens objective natürliche Verbindlichkeiten eingehen, und es fragt sich nun: ob nach der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht wenigstens eine solche objective natürliche Verbindlichkeit zurückbleibe? Doch ich will hier zu Erläuterung mich eines Beispiels bedienen: Wenn der Minderjährige gegen ein ihm nachtheiliges Rechts-Geschäft restituirt worden ist, so hängt es ganz von ihm ab, die Folgen der Restitution für sich geltend zu machen, er kann aber von seinem Gegner nicht hierzu gezwungen werden nach Julian

Fr. 41. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

„Si judex circumvento in venditione adolescenti „jussit fundum restitui eumque pretium emtori „reddere, et hic nolit uti hac in integrum restitu„tione, poenitentia acta: exceptionem utilem ad„versus petentem pretium, quasi ex causa judicati, „adolescens habere poterit: *quia unicuique licet* „*contemnere, quae pro se introducta sunt.* Nec „queri poterit venditor, si restitutus fuerit in eam „causam, in qua se ipse constituit, et quam mu„tare non potuisset, si minor auxilium Praetoris „non implorasset.“ Gesetzt nun, der Minderjäh-

rige macht von der Restitution keinen Gebrauch, und trägt jener ungeachtet die Verbindlichkeit ab, so kann zwar er vermöge seiner Eigenschaft als Minderjähriger, vermöge welcher er selbst gegen die Restitution — Restitution nachsuchen kann, nach Ulpian

Fr. 7. §. 9. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

„Restitutus autem, cum se hereditati misceat, „vel eam adeat, quam repudiavit, rursus restitui „poterit, ut se abstineat: et hoc rescriptum et „responsum est“ — immer noch die Rückforderungs-Klage anstellen, dagegen aber steht seinem volljährigen Erben die Rückforderung nicht zu. Hiefür gibt uns auch Scävola

Fr. 67. §. 4. D. de cond. indeb. (12, 6.)

einen merkwürdigen Beleg: „Lucius Titius Gajo „Sejo minori annis XXV. pecuniam certam credi-„dit, et ab eo aliquantum usurarum nomine acce-„pit: et Gaji Seji minoris heres adversus Publium „Maevium (sollte wohl „Lucium Titium“ oder „muß es oben statt „Lucius Titius“ „Publius Mae-„vius“ heißen) a Praeside provinciae in integrum „restitutus est, ne debitum hereditarium solveret: „(et) nec quicquam de usuris ejusdem sortis, quas Se-„jus minor annis XXV. exsolverat, repetendis trac-„tatum apud Praesidem, aut ab eo est pronuntia-„tum. Quaero: *an usuras, quas Gajus minor „annis XXV. quoad viveret, creditori exsol-„verit, heres ejus repetere possit? Respondit, „secundum ea, quæ proponerentur, condici id, „quod usurarum nomine defunctus solvisset, non „posse. Item quaero, si existimes repeti non „posse, an ex alio debito heres retinere eas pos-„sit? Respondit, ne hoc quidem.*“ Betrachten

wir nun diesen Fall genauer. Ein Minderjähriger hatte von Jemand ein Darleihen erhalten, und hievon dem Darleiher Zinse bezahlt. Nach seinem Tode suchte sein Erbe gegen das Darleihen Restitution nach, wozu er nach Ulpian

Fr. 18. §. 5. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

„Non solum autem minoribus, verum *successori-* „*bus quoque minorum datur in integrum resti-* „*tutio, et si sint ipsi majores*“ — berechtigt war, der von dem Minderjährigen bereits bezahlten Zinse wurde jedoch hiebey nicht erwähnt, und nun fragt der Erbe: ob er die von dem dem Erblasser bezahlten Zinsen nicht auf den Grund jener Restitution zurückfordern könne? Hierauf erwiedert ihm nun Scävola: keineswegs komme ihm die condictio, eben so wenig aber auch die retentio ex alio debito — nämlich die compensatio zu. Der Grund hiervon ist aber lediglich darin zu suchen, weil durch die Bezahlung der Zinse eine objective natürliche Verbindlichkeit entstanden ist, welche sich zwar gegenüber von dem Minderjährigen (§. 72. — quia persona locum facit repetitioni —) nicht subjectiviren konnte, bey seinem volljährigen Erben aber sich subjectivirt hat, und somit eine sub- und objective, damit aber eben auch die — Rückforderung ausschließende — natürliche Verbindlichkeit geworden ist. Wir müssen daher auch den obigen Satz Ulpians, daß die Restitution wegen Minderjährigkeit auch den volljährigen Erben des Minderjährigen zustehe, auf Restitutionen gegen solche Verbindlichkeiten, welche der Minderjährige selbst oder dessen Erbe nicht bereits abgetragen hat, beschränken, weil durch den Abtrag des Minderjährigen oder des Erben für letzteren eine natürliche Verbindlichkeit

entstanden ist. Doch gerade das Zurückbleiben einer objectiven Verbindlichkeit nach der Restitution könnte aus einem sehr scheinbaren Grunde bestritten werden. Man könnte nämlich so schließen: Wenn der Unmündige auch ohne Auctorität seines Tutors mittelst Novation eine Verbindlichkeit übernommen hat, so wird, wenn gleich er selbst subjectiv nicht verbindlich wird, die frühere Verbindlichkeit aufgehoben, weil wenigstens eine neue objective Verbindlichkeit vorhanden ist (§. 72.). Wenn aber der Minderjährige gegen eine mittelst Novation übernommene Verbindlichkeit restituirt worden ist, so fällt diese auf den früheren Gläubiger zurück, folglich bleibt auch keine objective Verbindlichkeit des Minderjährigen übrig, weil sonst die frühere Verbindlichkeit nicht wieder aufleben könnte (§. 84.). Allein man erinnere sich doch der Regel des Theophilus, welche er aus Gelegenheit der Ausnahme einer von einem Sklaven mittelst Novation übernommenen Verbindlichkeit gibt: daß nämlich bey der Novation, wenn die frühere Verbindlichkeit hierdurch aufgehoben werden solle, es nicht genüge, daß eine bloß objective Verbindlichkeit vorhanden, sondern auch daß sie mit einem Rechts-Subject eingegangen worden seye. Nun wird aber durch die Restitution gerade das Rechts-Subject entrückt, und die Sache in den Zustand versetzt: „ac si postea nullus stipulatus fuisset," wie sich die Institutionen (§. 72.) ausdrücken. Lediglich also deßwegen, weil durch eine bloß objective nachherige Verbindlichkeit die frühere nicht aufgehoben, durch die Restitution aber, welche der Verbindlichkeit das Rechts-Subject entzieht, die Sache in den Zustand versetzt wird, als ob sie mit keinem Rechts-Subject eingegangen, und somit die neue Verbindlichkeit zu einer rein objectiven

mit keinem Rechts-Subject eingegangenen herabgedrückt wird, lebt die frühere wieder auf, und damit wäre auch dieser mögliche Einwurf beseitigt. Weitere Belege für den Satz: daß auch nach der Restitution noch eine objective Verbindlichkeit zurückbleibe, werden wir weiter unten (§. 94.) finden.

Sechste Abtheilung.

Von der Verbindlichkeit der gerichtlich erklärten Verschwender.

§. 86.

Begriff eines Verschwenders (prodigus).

Einen Verschwender (prodigus) nennt Ulpian

Fr. 1. D. de curat. furioso (27, 10.)

„hominem, qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit" somit einen Menschen, welcher das richtige Verhältniß zwischen seinen Einnahmen und Ausgaben durchaus nicht einzuhalten weiß.

§. 87.

Geschichte der cura prodigorum.

Geschichtliche Nachrichten über die cura prodigorum hat uns Ulpian aufbewahrt, und diese sind wohl auch von den Verfassern der Institutionen benützt worden. Ulpian

Frag. 12, 2. et 3.

„Lex XII. Tabularum „furiosum, *itemque prodigum, cui bonis interdictum est,* in curatione „jubet esse adgnatorum.

„§. 3. A *Praetore* „constituitur curator, „quem ipse Praetor voluerit, libertinis prodigis itemque ingenuis, „*qui ex testamento parentis heredes facti,* „male dissipant bona: „*his enim ex lege curator dari non poterat:* „cum ingenuus quidem „non ab intestato, sed ex „testamento heres factus „sit patri: libertinus autem nullo modo patri „heres fieri possit, qui „nec patrem habuisse videatur, cum servilis cognatio nulla sit."

Fr. 1. D. de curat. furioso (27, 10.)

„Lege XII. Tabularum „prodigo interdicitur bonorum suorum administratio: quod moribus quidem introductum est. Sed solent hodie Praetores vel Praesides etc. curatorem ei „*dare exemplo furiosi.*

§. 3. J. de curat. (1, 23.)

„Furiosi quoque et *prodigi,* licet majores XXV. „annis sint, tamen in curatione sunt adgnatorum ex lege XII. Tabularum. Sed solent Romae praefectus urbis, „vel Praetor, et in provinciis Praesides ex inquisitione eis curatores „dare."

Wenn nun auch noch in den neuesten Zeiten viel darüber gestritten worden ist, ob die cura prodigorum wirklich schon durch die Zwölftafel-Gesetze eingeführt, oder ob sie nicht vielmehr der in denselben aufgeführten cura furiosorum nachgebildet worden seye? so scheint mir diejenige Ansicht, welche sich auf Ulpians Fragmente gründet, die richtige zu seyn, daß nämlich nur derjenigen prodigorum, welche ge-

setzliche (Intestat-) Erben ihres Vaters waren, das Zwölftafel-Gesetz gedacht, denjenigen prodigis aber, welche testamentarische Erben ihres Vaters waren, der Prätor nach Analogie der Zwölftafel-Gesetze einen Curator bestellt habe. Die Formel, mit welcher ein prodigus seines Vermögens entsetzt wurde, hat uns Paulus aufbewahrt:

Rec. Sent. (4, 7.)

„Moribus per Praetorem interdicitur hoc modo: „*Quando tibi bona paterna avitaque nequitia* „*tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem per*„*ducis: ob eam rem tibi ea re commercioque in*„*terdico.*"

§. 88.

Untersuchung der Frage: ob der prodigus durchaus dem furiosus gleich zu stellen seye?

Wie dem nun aber auch sey: ob die cura prodigorum ganz oder zum Theil schon durch die Zwölftafel-Gesetze, oder durch ein Gewohnheits-Recht oder die Jurisprudenz eingeführt worden? so ist wenigstens so viel richtig, daß letztere den prodigus mit dem furiosus auf eine Stufe stellte. Aber eine förmliche Gleichstellung beider ist deßwegen noch nicht anzunehmen, denn das omne simile claudicat hat sich auch hier bewährt, und wenn gleich Pomponius

Fr. 40. D. de R. J. (50, 17.)

„Furiosi, *vel ejus, cui bonis interdictum sit,* „*nulla voluntas est*" zu dem Schluß einer förmlichen und gänzlichen Gleichstellung Veranlassung geben könnte, so hat doch eine solche, wie ich zeigen werde, nie Statt gefunden; denn so ist schon der Satz Ulpians

Fr. 18. pr. D. qui test. fac. poss. (28, 1.)

„Is, cui lege bonis interdictum est, testamentum
„facere non potest“

vergl. auch §. 2. J. quibus non est permiss. (2, 12.)

nicht aus der Gleichstellung des furiosus und des prodigus, sondern wie uns Ulpian selbst

Fr. 20, 13.

belehrt, lediglich daraus zu erklären „quoniam com-
„mercium illi interdictum est, et ob id familiam
„mancipare non potest,“ und wenn gleich nachher das testamentum per aes et libram, wovon Gajus

Comment. L. 2. §§. 102 — 105. p. 124—126.

und Ulpian

Fr. 20, 2. et 9. vergl. auch §. 1. J. de test. ord. (2, 10.) u. Theophilus, Paraphr. ad hunc §um (Ed. Reitz, Tom. I. p. 331. et 332.)

aus welchem somit zunächst die Testaments-Unfähigkeit des prodigus abzuleiten ist, aufgehört hatte, so blieb doch dieser Folgesatz immer stehen. Namentlich aber wäre es nicht nur zwecklos, sondern sogar zweckwidrig gewesen, dem Verschwender, welchen man nur vor leichtsinniger und zweckwidriger Verminderung seines Vermögens schützen wollte, auch den Weg und die Mittel zu Vermehrung desselben abzuschneiden, daher auch er sich wohl Andere, nicht aber Andern sich verbindlich machen kann, und in ersterer Beziehung den Unmündigen, bey welchen gleiche Grundsätze des Staats-Schutzes vorwalten, in letzterer aber dem willenlosen unfreien Wahnsinnigen gleich zu setzen ist. So auch Ulpian

Fr. 9. §. 7. D. de R. O. (12, 1.)

„Sed et, si ei numeravero,
„cui postea bonis inter-
„dictum est, mox ab eo

Fr. 6. D. de V. O. (45, 1.)

„Is cui bonis interdictum
„est, stipulando sibi ad-
„quirit, tradere vero non

„stipuler, puto pupillo „eum comparandum: „quoniam et stipulando „sibi acquirit.“

„potest, vel promittendo „obligari.“

und Pomponius

Fr. 3. D. de novat. (46, 2.)

„Cui bonis interdictum est, novare obligationem „suam non potest, nisi meliorem suam conditio-„nem fecerit“ und das Scholion des Stephanus zu dem

Fr. 9. §. 7. D. de R. C. (12, 1.)

in den „Basiliken“

Ed. Fabr. Tom. III. p. 254.

„Σημείωσαι δὲ ὅτε τὸν ἄσω-„τον ἀπεικάζει τῷ πουπίλλῳ, „καὶ οὐχὶ τῷ μαινομένῳ· „τοῦτο δὲ κατὰ τὸ φιλάγα-„θὸν, ἵνα δύνηται κατὰ μί-„μησιν τοῦ πουπίλλου, καὶ „δίχα τῆς τοῦ κηδεμόνος αὐ-„θεντίας κτᾶσθαι ἔνοχον· „εἰ γὰρ ἀπείκασεν αὐτὸν τῷ „μαινομένῳ, πρόδηλον ὅτι „οὐδὲν ἐπερωτᾷν ἠδύνατο· „ὁ γὰρ μαινόμενος οὐδὲ ἓν „δύναται πράττειν συνάλ-„λαγμα.“

„Nota autem prodigum „hic comparari pupillo, „non furioso: idque be-„nigna ratione, ut ad si-„militudinem pupilli „etiam sine curatoris „auctoritate alium sibi „obligare possit: caete-„rum, si furioso compa-„rasset, utique nec sti-„pulari posset: furiosus „enim nullum negotium „contrahere potest.“

Somit können wir jetzt also den ganz bestimmten Satz aufstellen, daß der gerichtlich erklärte Verschwender dem Wahnsinnigen nur in dem Falle gleich zu setzen ist, wenn er selbst Andern verbindlich wird, den Unmündigen aber, wo Andere ihm verbindlich werden. Eine nothwendige Folge aus dem erstern Theil die-

ses Satzes aber ist, daß wenn der gerichtlich erklärte Verschwender Andern verbindlich wird, nicht einmal eine objective natürliche Verbindlichkeit entsteht, wie bey Unmündigen, welche ohne Auctorität ihres Tutors Andern verbindlich geworden sind, und daß somit auch, wenn er ohne Einwilligung seines Curators eine Verbindlichkeit auf dem Wege der Novation übernimmt, die frühere durchaus nicht aufgehoben wird (§. 72.).

§. 89.

Nähere Untersuchung der Frage: In wie weit Verschwender ex delicto vel quasi delicto verbindlich werden?

Eine nähere Untersuchung verdient aber noch die Frage: In wie weit die Verschwender ex delicto vel quasi delicto verbindlich werden? Hiefür weiß ich nun freilich, leider! keine Stellen des römischen Rechts anzuführen, und wir müssen uns daher hier lediglich an die Analogie halten. Daß nun der gerichtlich erklärte Verschwender nicht in jeder Beziehung dem Wahnsinnigen gleich zu setzen ist, daß er somit auch nicht in jeder Beziehung als der Willensfreiheit beraubt — als unfrey — anzusehen seye, habe ich bereits gezeigt. Sollte nun aber der Verschwender in Beziehung auf die Verbindlichkeiten ex delicto vel quasi delicto als Wahnsinniger, somit als rein unzurechnungsfähig — in Hinsicht auf Strafe und Ersatzpflichtigkeit — anzusehen seyn (§. 53.)? so würde man wohl eben damit behaupten, daß durch die Prodigalitäts-Erklärung dem Verschwender ein Freybrief für alle Vergehen und Verbrechen ertheilt werde, und aus dem dem Verschwender wider seinen Willen aufgedrungenen Staats- und Rechts-Schutz würde eine allgemeine Rechts-Unsicherheit für jeden Andern

entstehen. Will man nun diese Ungereimtheit vermeiden, so bleibt nichts übrig, als ihn in der vorliegenden Beziehung dem Unmündigen der Mündigkeit nähern (§§. 53. u. 54.) und den Minderjährigen (§. 82.) gleich zu setzen. Auch würde ich ihm in Hinsicht auf Privat-Geldstrafen die Begünstigung der Minderjährigen zu gut kommen lassen; zwar nicht deßwegen, weil ich ihm die Restitution der Minderjährigen zusprechen möchte (wenn dieß gleich so ziemlich die gemeine Meinung ist, welche aber durch die hiefür angeführten

Fr. 8. §. 2. Fr. 11. D. de rebus eorum, qui sub tut. (27, 9.) Fr. 15. §. 1. D. de curat. fur. (27, 10.) et Constit. 3. C. de in integr. restitut. (2, 22. vgl. §. 77.)

nicht bestätigt wird, und meiner Ansicht nach der reinen Theorie des römischen Rechts ganz entgegen ist) sondern lediglich — ex paritate rationis.

Siebente Abtheilung.

Von der Verbindlichkeit der Bürgen namentlich in Beziehung auf eine bloß natürliche Verbindlichkeit des Hauptschuldners.

§. 90.

Auch für bloß natürliche Verbindlichkeiten des Hauptschuldners kann Bürgschaft geleistet werden.

Daß auch für bloß natürliche Verbindlichkeiten des Hauptschuldners Bürgschaft geleistet werden könne, behaupten

Ulpian, Fr. 6. §. 2. D. h. t. de fidej. (46, 1.)	Julian, Fr. 7. D. ej. tit.
„Adhiberi autem fidejussor tam futurae, quam praecedenti obligationi potest: dummodo sit aliqua, vel *naturalis* futura obligatio."	„Quod enim solutum repeti non potest, conveniens est, *hujus naturalis obligationis* fidejussorem accipi posse" und Fr. 16. §. 3. D. ej. tit.

„Fidejussor accipi potest, quotiens est aliqua obli-„gatio civilis vel *naturalis*, cui applicatur.

Die merkwürdigste Stelle aber ist der

§. 1. J. de fidej. (3, 20.)

welcher aus Gajus

Comment. L. III. §. 118. et 119. p. 247. et 248.

aber fehlerhaft, nämlich der Nachsatz ohne den Vordersatz, entnommen ist, und welchen ich daher vorerst aus seiner Quelle ergänzen werde.

§. 91.

Erläuterung des §. 1. J. de fidej. (3, 20.)

Gajus

§. 118. „Sponsoris vero et fideipromissoris simi-„lis est conditio." §. 19. „Nam illi quidem nul-„lis obligationibus accedere possunt, nisi verbo-„rum: *quamvis interdum ipse, qui promiserit, non* „*fuerit obligatus, veluti si aut pupillus sine tu-„toris auctoritate, aut quilibet post mortem suam* „*promiserit.* At illud quaeritur, si servus aut pe-„regrinus spoponderit, an pro eo sponsor aut fi-„deipromissor obligetur." Nun folgt erst der Paragraph der Institutionen, welcher bey Gajus also beginnt: „Fidejussor vero omnibus obligationibus,

„id est sive re sive verbis, sive litteris, sive con- „sensu contractae fuerint obligationes, adjici pot- „est.“ welche Stelle in den Institutionen mit dem proëm. auf folgende Art in Verbindung gesetzt wurde: „In omnibus autem obligationibus adsumi pos- „sunt (fidejussores) id est etc.“ bis „adjici potest,“ wie bey Gajus. Die folgende Stelle ist sodann wieder wörtlich aus Gajus entnommen. „At ne il- „lud quidem interest, utrum civilis an *naturalis* „sit obligatio, cui adjiciatur fidejussor: adeo qui- „dem, ut pro servo quoque obligetur, sive extra- „neus sit, qui fidejussorem a servo accipiat, sive „ipse dominus in id, quod sibi naturaliter debea- „tur“ (Gaj. statt der letztern beiden Worte bloß „debetur“). Diesen Paragraphen fand bereits Theo- philus in seiner Paraphrase einer genaueren Be- achtung und Bemerkung würdig. Den Anfang der- selben habe ich schon oben (§. 37.) gegeben, und fahre daher hier nur fort, wo ich dort abgebrochen habe:

„Καὶ τοὺς δοθέντας ἐγγυη- „τὰς φύσει καὶ νόμῳ κρατεῖ- „σθαι· κανὼν γάρ ἐστιν ὁ λέ- „γων, ὧν οἱ πρωτότυποι φύ- „σει κρατοῦνται, τούτων οἱ „ἐγγυηταὶ καὶ φύσει καὶ νό- „μῳ ἐνέχονται· τοιοῦτός „ἐστιν ὁ πούπιλλος sine tu- „toris auctoritate δανει- „σάμενος· αὐτὸς μὲν γὰρ „φύσει κρατεῖται· ὁ δὲ ἐγ- „γυησάμενος αὐτὸν καὶ φύ- „σει καὶ νόμῳ. Ἐπειδή σοι „ταῦτα

„Et quod fidejussores da- „ti natura et lege tenean- „tur. Est enim *regula* „dictitans: *quorum prin-* „*cipales natura tenen-* „*tur, horum fidejusso-* „*res et natura et lege te-* „*nentur. Hujusmodi* „*est pupillus sine tuto-* „*ris auctoritate mutua-* „*tus: ipse enim natura* „*tenetur; sed pro eo fi-* „*dejubens et natura et* „*lege.*

„ταῦτα προτεθεώρηται, ὅρα „λοιπὸν τὸ προκείμενον· εἰ-„ρήκαμεν, ὅτι οὐ μόνον ἐπὶ πο-„λιτικαῖς ἐνοχαῖς, ἀλλὰ καὶ „ἐπὶ Φυσικαῖς, ὀρθῶς ἐγγυ-„ητὴς παραλαμβάνεται· Φυ-„σικὰς δὲ λέγω ἐνοχὰς, οἷον „ἐὰν ὁ οἰκέτης ἔνοχος γενό-„μενος τῷ μὴ δεσπότῃ (Φυ-„σικῶς δηλονότι, οὐδὲ γὰρ „ἐνόμως ἐνδέχεται) δῷ ἐγ-„γυητὴν εἴτε τῷ ἐξωτικῷ εἴ-„τε τῷ οἰκείῳ δεσπότῃ, ὑπὲρ „ὧν ἐπώφλησεν αὐτῷ πραγ-„μάτων· κρατεῖται οὖν ὁ ἐγ-„γυητὴς καὶ Φύσει καὶ νόμῳ, „διὰ τὸ τὸν πρωτότυπον, του-„τέστι τὸν οἰκέτην, Φύσει κα-„τέχεσθαι.“

„lege. Postquam tibi „haec sunt praecognita, „vide reliquum argu-„mentum. Diximus, non „solum in civilibus, sed „etiam *in naturalibus* „obligationibus fidejus-„sorem recte accipi. Na-„turales autem dico obli-„gationes, veluti si servus „obligatus non domino, „aut etiam ipsi domino „(naturaliter scilicet, nec „enim civiliter potest) „fidejussorem det, sive „extraneo sive domino „suo, pro rebus, quas ei „debebat, *tenetur ergo* „*fidejussor et natura et* „*lege, quoniam princi-„palis, id est servus, natura obligatur.*“

§. 92.

Fortsetzung. Beweis, daß der Bürge auch für eine bloß objective natürliche Verbindlichkeit haftet.

Betrachten wir nun vorerst die aus ihrer Quelle ergänzte Institutionen-Stelle. Gajus belehrt uns, diejenige besondere Art von Bürgen, welche man sponsores — daher quia interrogati sunt: *idem dari spondes?* und diejenigen, welche man expromissores, daher quia interrogati sunt: *idem fidei-promittis?*

Comment. L. III. §. 116. p. 246.

nannte, stehen einander ganz gleich. Denn beide können sich nur für solche Verbindlichkeiten, welche durch förmliche wörtliche Erklärungen — Frage und Antwort — entstehen — verborum obligationes — verbürgen.

Vergl. Comment. L. III. §. 92. p. 236. u. 237. tot tit. J. de V. O. (3, 15.)

Doch werden sie in Beziehung auf die verborum obligationes schon dann verbindlich, wenn gleich derjenige, für welchen sie verbindlich geworden, es selbst nicht geworden seye, z. B. wenn ein Unmündiger ohne Auctorität seines Tutors eine Verbindlichkeit eingegangen, oder Jemand erst nach seinem Tode etwas zu geben oder zu leisten versprochen habe, welch' letztere Stipulation nach dem früheren,

Gajus Comment. L. III. §. 100. p. 240. u. 241.

von Justinian

Const. 11. 13. u. 15. C. de contr. stipul. (8, 38.) vergl. auch §. 13. J. de inutil. stipul. (3, 19.)

aber aufgehobenen, Rechte ungültig war. Nur darüber seye man noch nicht einig gewesen, ob die sponsores und fideipromissores auch für Sklaven und Fremde (Nichtrömer) verbindlich werden können? Dagegen aber seye die Verbindlichkeit derjenigen besondern Art von Bürgen, welche man fidejussores, daher: qui interrogati sunt: „*Idem fide tua esse jubes?*“

Comment. L. III. §. 116. p. 246.

nannte, für alle Verbindlichkeiten des Haupt-Schuldners verbindlich geworden, und ihre Verbindlichkeit habe sich nicht bloß auf „verborum obligationes“ beschränkt, ja daß diese selbst für einen Sklaven und Fremden sich gültig verbürgen können, seye nie bezweifelt worden. Nachdem nun aber die verschiedenen

rechtlichen Wirkungen der verschiedenen Formeln, durch welche eine verborum obligatio eingegangen werden konnte,

Gajus, Comm. L. III. §. 92. u. 93. p. 236—238. §. 115. u. 116. p. 246.

durch die Leoninische Verordnung

Const. 10. C. de contr. stipul. (8, 38.):

„Omnes stipulationes, etiam si non sollemnibus, „vel directis, sed quibuscumque verbis consensu „contrahentium compositae sunt, vel legibus cogni- „tae, suam habeant firmitatem“

vergl. auch §. 1. J. de V. O. (3, 16.) u. §. 8. J. de fidej. (3, 20.)

aufgehoben wurden, diesemnach also die verschiedenen Arten von Bürgen, nämlich sponsores, fideipromissores und fidejussores aufgehört hatten, und nur noch Letztere vorhanden waren, so wurde nun die Stelle des

Gajus Comm. L. III. §. 115. p. 246.

„Pro eo quoque, qui promittit, solent alii obliga- „ri: quorum alios sponsores, alios fideipromissores, „alios fidejussores appellamus“ in dem

proëm. J. de fidej. (3, 22.)

in folgenden Satz umgewandelt: „Pro eo, qui pro- „mittit, solent alii obligari, qui fidejussores appel- „lantur.“ Die

§§. 116—118. l. c. p. 246. u. 247.

aber wurden ganz weggelassen, und von dem

§. 119. p. 247. u. 248.

der erste von dem sponsore und fideipromissore handelnde Satz, wobey aber die Verfasser der Institutionen offenbar übersehen hatten, daß der letztere Satz einen Gegensatz in Beziehung auf die natürliche Verbindlichkeit enthält, welcher ohne den Vor-

dersatz offenbar unverständlich ist. Diese Lücke fühlte nun auch Theophilus, und gab sich Mühe, sie möglichst im Sinne der Quelle zu ergänzen. — Daraus nun, daß die Institutionen dasjenige, was der Nachsatz von der natürlichen Verbindlichkeit enthält, aufgenommen haben, ist aber mit aller Zuverlässigkeit zu schließen, daß sie den Vordersatz nur des sponsoris und fideipromissoris wegen nicht aufgenommen haben, und daß somit die Sätze des Gajus in Beziehung auf die natürliche Verbindlichkeit und das Haften des Bürgen für eine solche durch die Justinian'sche Gesetzgebung nicht abgeändert wurden. Offenbar hatte nun aber Gajus, wenn er behauptet, daß der Bürge eines Unmündigen für eine Verbindlichkeit desselben, welche er ohne Auctorität seines Tutors eingegangen, hafte, nur die objective natürliche Verbindlichkeit (§. 72.) im Auge, — und von dieser bloß objectiven Verbindlichkeit ist nun auch die Regel des Theophilus zu verstehen, nach welcher der Bürge für eine natürliche Verbindlichkeit nicht bloß natürlich, sondern auch bürgerlich verbindlich ist. Diese Regel nun, welche auf den ersten Anblick wirklich etwas Auffallendes hat, kann uns, wenn wir tiefer in die Sache eingehen, unmöglich befremden. Denn da die Bürgschaft nur unter einer, ein Klagerecht ertheilenden Modalität, seye es nun verborum oder litterarum obligatio, constitutum oder mandatum, eingegangen werden kann, so tritt bey dem Bürgen durch Hinzutritt des aus der Bürgschafts-Form hervorgehenden Klagerechts zu der ursprünglich bloß objectiven und erst bey ihm subjectivirten natürlichen — eine bür-

gerliche Verbindlichkeit ein; und ich glaube nunmehr den Satz: daß der Bürge auch für eine bloß objective, so wie für eine sub- und objective natürliche Verbindlichkeit, auch bürgerlich hafte — als einen erwiesenen — aufstellen zu dürfen.

§. 93.

In wie weit der Bürge eines Wahnsinnigen oder gerichtlich erklärten Verschwinders verbindlich werde?

Natürlich aber wird der Bürge, welcher sich für die von einem Wahnsinnigen oder von einem gerichtlich erklärten, diesem in der vorliegenden Beziehung gleichgeachteten (§. 88.) Verschwender eingegangene Verbindlichkeit verbürgt hat, nicht verbindlich, weil hier nicht einmal eine objective natürliche Verbindlichkeit (§. 72.) entsteht. Damit stimmen nun auch

Ulpian Fr. 6. D. de V. O. (45, 1.)

„Is *cui bonis interdictum est,* stipulando „sibi adquirit: tradere „vero non potest, nec „promittendo obligari, „*et ideo nec fidejussor* „*pro eo intervenire* „*poterit, sicut nec pro* „*furioso.*“

Gajus Fr. 70. §. 4. D. de fidej. (46, 1.)

„Si a *furioso* stipulatus „fueris, non posse te „fidejussorem accipere, „certum est: quia non „solum ipsa stipulatio „nulla intercessisset, sed „ne negotium quidem „ullum gestum intelligitur. *Quod si pro* „*furioso jure obligato* „*fidejussorem accepero, tenetur fidejussor*“

überein. Der furiosus jure obligatus ist aber der ex re oder in quantum locupletior factus est (§. 69.) — obligatus. Von dieser Regel macht natürlich

aber derjenige Bürge, qui sciens prudensque et consulto consilio, d. h. gerade deswegen, weil der Wahnsinnige oder Verschwender sich nicht verbindlich machen konnte, somit auch, wie Ulpian

Fr. 9. §. 3. D. de SCto Macedon. (14, 6.)

sich ausdrückt, donandi animo — sich verbürgt hat, eine Ausnahme. Wie nun aber mit der obigen Regel die Stelle Ulpians:

Fr. 25. D. de fidej. (46, 1.)

„Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tu„toris auctoritate obligato, prodigove vel furioso „fidejusserit: magis esse, ut ei non subveniatur, „quoniam his mandati actio non competit“ zu vereinigen sey? bedarf noch einer nähern Untersuchung. (In Beziehung auf die Worte von „quoniam“ bis zum Ende habe ich hier noch zu bemerken, daß die „Basiliken“ sie durch den Satz:

L. XXVII. tit. 1. §. 25. (Ed. Fabr. Tom. IV. p. 99.)

„ὀυκ ἔχει δὲ κατ' ἀυτῶν τὴν „τῆς ἐγγύης ἐνοχὴν“	„non habet autem con„tra eos mandati actio„nem“

wieder geben, während die Worte unserer Stelle, und namentlich das „quoniam“, wenn man es auf das „subveniatur“, und zwar als Grund — Motiv — des „subveniatur“ bezieht, einen weit besseren Sinn geben.) Aus dieser Stelle, in welcher Marcellus und sein Referent Ulpian die Unmündigen, Wahnsinnigen und gerichtlich erklärten Verschwender in Eine Klasse setzen, könnte man nehmlich zweierley schließen, entweder — Marcellus behaupte, daß auch der Bürge eines Wahnsinnigen oder gerichtlich erklärten Verschwenders verbindlich werde, was wenigstens eine objective natürliche Verbindlichkeit von

Seite der Hauptschuldner voraussetzen würde, oder — und dieser letztere Schluß wird auch gewöhnlich daraus gezogen — daß der Bürge eines Unmündigen, welcher ohne Auctorität seines Tutors eine Verbindlichkeit eingegangen, gleich dem Bürgen eines Wahnsinnigen und gerichtlich erklärten Verschwenders nicht verbindlich werde. Allein beide Folgerungen sind offenbar etwas zu rasch und trüglich. Denn man betrachte doch einmal diese Stelle genauer, so wird man finden, daß Marcellus nicht die Frage: ob die Bürgen der Unmündigen, Wahnsinnigen und gerichtlich erklärten Verschwender verbindlich werden? sondern nur die: ob ihnen, wenn sie verbindlich geworden, deswegen, weil sie den Rückgriff gegen den Hauptschuldner nicht nehmen können (§. 101.), von der Verbindlichkeit loszuzählen seyen? beantwortete — und diese Frage, in Beziehung auf welche er die Unmündigen, Wahnsinnigen und gerichtlich erklärten Verschwender wohl in Eine Klasse setzen konnte, verneinte.

§. 94.

Von dem Einfluß der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand der Minderjährigen auf die Verbindlichkeit ihrer Bürgen.

Welchen Einfluß aber die Restitution eines Minderjährigen auf die Verbindlichkeit seines Bürgen äußere? ist genauer zu untersuchen. Aus der Stelle des Paulus,

Rec. Sent. 1, 9, 6.

„Qui *sciens prudensque* se pro minore obligavit, „si id *consulto consilio* fecit, licet *minori* succur-„ratur, *ipsi* tamen *non* succurretur“ — hat man die Folgerung gezogen, daß Paulus im Gegensatze behaupte: „Qui *nescius* et *imprudens* se pro „minore obligavit, si id *inconsulto* fecit, *minori*

„*et ipsi* succurretur." Daß aber dieser Gegensatz aus der Stelle des **Paulus** nicht folge, glaube ich aus einer Stelle **Ulpians**,

Fr. 13. pr. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

erweisen zu können: „In causae cognitione versa„bitur, utrum soli ei succurrendum sit, an etiam „his, qui pro eo obligati sunt: utputa fidejusso„ribus. *Itaque cum scirem minorem, et ei fidem „non haberem, tu fidejusseris pro eo, non est „aequum, fidejussori in necem meam subveniri; „sed potius ipsi deneganda erit mandati actio.* „In summa perpendendum erit Praetori, cui po„tius subveniat, utrum *creditori* an *fidejussori*, „nam minor captus *neutri* tenebitur. Facilius in „*mandatore* dicendum erit, non debere ei subve„nire: hic enim velut adfirmator fuit et suasor, „ut cum minore contraheretur. Unde tractari „potest: *minor in integrum restitutionem utrum „adversus creditorem, an et adversus fidejus„sorem implorare debeat? Et puto tutius, ad„versus utrumque.*" Hier untersucht nehmlich **Ulpian** die Frage: Ob die Restitution eines Minderjährigen nicht nur ihm selbst, sondern auch seinem Bürgen zu gut komme? und stellt vorerst den Satz auf: daß wenn der Bürge sich gerade deswegen für einen Minderjährigen verbürgt habe, weil der Gläubiger sich mit diesem — als solchem — nicht habe einlassen wollen, von einer Restitution des Bürgen keine Rede seyn könne, ja hiefür nicht einmal Billigkeits-Gründe vorliegen. Dieß gerade behauptet nun auch **Paulus**. Nun geht aber **Ulpian** darauf über: daß überhaupt der Prätor bey Ertheilung der Restitution in reife Erwägung zu ziehen habe: wem diese zu ertheilen seye? ob dem Gläubiger oder

dem Bürgen? Bey dem mandator, d. h. demjenigen, welcher den Gläubiger zur Eingehung der Verbindlichkeit mit einer bestimmten Person veranlaßt hat (§. 103.), könne dieß wohl keinem Bedenken unterliegen, denn dieser seye zunächst als intellectueller Urheber des Rechtsgeschäfts anzusehen. Ueberhaupt aber komme hier die Frage zur Sprache: Ob der Minderjährige nicht bloß gegen den Gläubiger, sondern auch gegen den Bürgen die Restitution nachzusuchen habe? was er, Ulpian, jedenfalls für das sicherste halte. Betrachten wir nun namentlich das Ende dieser Stelle genauer, so finden wir, daß Ulpian die vorliegende Frage nicht sowohl an und für sich, sondern vielmehr in Beziehung auf die dem Bürgen zustehende Rückgriffs-Klage gegen den Minderjährigen, durch welche offenbar auch der ganze Zweck der Restitution vereitelt werden könnte, erwogen hat. Ulpian nehmlich bezweifelt: ob die in Beziehung auf die Haupt-Verbindlichkeit ertheilte Restitution des Minderjährigen auch auf die nicht aus jenem Rechtsgeschäft entspringende, und somit von diesem verschiedene Klage des Bürgen wirke, — und daher ertheilt er dem Minderjährigen den Rath, gegen den Gläubiger sowohl als gegen den Bürgen Restitution nachzusuchen. In diesem Rath aber liegt zugleich das ausdrückliche Anerkenntniß, daß die gegen die Haupt-Verbindlichkeit ertheilte Restitution dem Bürgen nicht zu gut komme; denn käme sie ihm zu gut, so wäre ja der Minderjährige schon durch die gegen die Haupt-Verbindlichkeit ertheilte geschützt. Von gleichen Grundsätzen geht nun auch ein früheres Rescript der Imperatoren Severus und

Antonin (Septimius Severus und Caracalla, war dieses wohl Ulpian bekannt oder nicht?) aus,

Const. 1. C. de fidej. min. (2, 24.)

„Postquam in integrum aetatis beneficio restitutus „es, periculum evictionis emtori, cui praedium „ex bonis paternis vendidisti, praestare non coge„ris. *Sed ea res fidejussores, qui pro te inter„venerunt, excusare non potest. Quare man„dati judicio, si pecuniam solverint, aut con„demnati fuerint, convenieris: modo si eo quo„que nomine restitutionis auxilio non juvabe„ris.*" Ganz bestimmt aber spricht ein Rescript der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 2. C. ej. tit.

den Satz aus: daß die dem Minderjährigen ertheilte Restitution dem Bürgen nicht zu gut komme. „Si „ea, quae tibi vendidit, possessiones interposito „decreto praesidis *aetatis tantummodo auxilio „juvatur, non est dubium, fidejussorem ex per„sona sua obnoxium esse contractui: verum si „dolo malo apparuerit contractum interpositum „esse: manifesti juris est, utrique personae „tam venditricis, quam fidejussoris consulen„dum esse.*" Hier unterscheidet nehmlich das Rescript ganz bestimmt zwischen den beiden Fällen, wenn der Minderjährige bloß aetatis auxilio, d. h. lediglich auf den Grund seiner Subjectivität, und wenn er communi — civili — auxilio et mero jure (§. 81.), also aus objectiven Gründen geschützt ist, und läßt nur im letzteren Falle, wo nehmlich ob dolum emtoris, also wegen eines objectiven Grundes die Restitution gegen die Verbindlichkeit selbst, und nicht bloß gegen die Person des Verbindlichen ertheilt wurde, diese auch gegen den Bürgen wirken. Hieraus aber

ergibt sich nun zugleich auch ein weiterer Beleg des Satzes: daß nach der Restitution des Minderjährigen immer noch eine objective natürliche Verbindlichkeit zurückbleibe (§. 85.).

§. 95.

Fortsetzung: Erläuterung des Fr. 95. §. 3. D. de solut. (46, 3.)

So klar aber dieß Alles ist, so hat man doch zur Begründung der entgegengesetzten Ansicht eine Stelle Papinians

Fr. 95. §. 3. D. de solut. (46, 3.)

angeführt, und wir haben daher noch zu untersuchen, ob denn wirklich diese Stelle mit dem bisherigen Erfund unserer Untersuchung im Widerspruche stehe? Sie lautet, wie folgt: „Quod vulgo jactatur *fide-„jussorem, qui debitori heres extitit, ex causa „fidejussionis liberari:* totiens verum est, *quo-„tiens rei plenior promittendi obligatio inveni-„tur.* Nam si reus duntaxat fuit obligatus, fide-„jussor liberabitur: è contrario non potest dici „non tolli fidejussoris obligationem, si debitor „propriam et personalem habuit defensionem. „Nam si minori XXV. annis bonae fidei pecuniam „credidit, isque nummos acceptos perdidit, et in-„tra tempora in integrum restitutionis decessit he-„rede fidejussore: difficile est dicere causam juris „honorarii, quae potuit auxilio minori esse, reti-„nere fidejussoris obligationem, quae principalis „fuit, et cui fidejussor is accessit sine contempla-„tione juris Praetorii. Auxilium igitur restitutio-„nis fidejussori, qui adolescenti heres extitit, in-„tra constitutum tempus salvum erit.“ Daß diese Stelle, so wie sie vorliegt, etwas unverständlich seye,

gebe ich recht gerne zu, und man fühlt auch wohl, daß sie in der Lesart verdorben ist. Doch hier helfen uns die „Basiliken“ aus der Noth, und auf den richtigen Weg:

L. XXVI. tit. 5. §. 95. (Ed. Fabr. Tom. IV. p. 163.)

„Τὸ λεγόμενον, ὅτι κληρο-
„νομῶν ὁ ἐγγυητὴς τὸν χρε-
„ώϛην ἐλευθεροῦται τῆς
„ἐγγύης, τότε ἀληθές ἐϛιν,
„ὅτε πλείων αὐτῆς εἶχεν ἡ
„πρωτότυπος, εἰ γὰρ ὁ ἐνα-
„γόμενος φύσει μόνον ἐνεί-
„χετο, οὐκ ἀπόλλυται· εἰ δὲ
„προσωπικὴν βοήθειαν εἶ-
„χεν ὁ χρεώϛης, ἀπόλλυ-
„ται ἡ ἐγγύη· ἐὰν γὰρ ὁ ἀ-
„φῆλιξ, δανεισάμενος ἀπο-
„λέσῃ τὰ νομίσματα, καὶ ὁ
„ἐγγυητὴς αὐτοῦ κληρονο-
„μήσῃ, ἔχει καὶ αὐτὸς εἴσω
„τοῦ ὡρισμένου χρόνου τὴν
„ἀποκατάϛασιν.“

„Quod vulgo dicitur,
„*fidejussorem, qui de-*
„*bitori heres extitit, li-*
„*berari obligatione fi-*
„*dejussoria,* tunc *ve-*
„*rum* est, *cum plenior*
„*ea* est *obligatio prin-*
„*cipalis: nam si reus*
„*natura duntaxat fuit*
„*obligatus, non tolli-*
„*tur fidejussoris obli-*
„*gatio, si vero debitor*
„*personale auxilium*
„*habuit, tollitur.* Nam
„si minor mutuam pe-
„cuniam, quam accepit,
„perdiderit, et fidejus-
„sor heres ei exstiterit,
„ipse quoque intra constitutum tempus auxilium
„restitutionis implorabit.“

Vergleichen wir nehmlich diese Stelle mit der obigen, so finden wir, daß zwischen den Worten „reus“ und „duntaxat“ des zweiten Satzes das Wort „natura“, — sodann zwischen den Worten „fidejussor“ und „liberabitur“ das Wort „non“ aussen geblieben ist. Denn setzen wir diese beiden Worte an den angezeigten Orten bey, streichen wir sodann die Worte „retinere fidejussoris obligationem“ im dritten Satze, da, wo sie stehen, weg, und setzen wir

sie hinter die Worte „juris praetorii," so gibt die Stelle der Digesten ganz denselben Sinn wie die Basiliken-Stelle. — Doch ich gehe nun zur Erklärung dieser Stelle selbst über. Im Eingange derselben bemerkt Papinian, der Satz: daß wenn der Bürge den Hauptschuldner beerbe, die Bürgschafts-Verbindlichkeit erlösche, weil der Bürge durch die Beerbung des Hauptschuldners ja selbst Hauptschuldner werde, sey nicht immer, sondern nur dann richtig, wenn auch der Hauptschuldner bürgerlich verbindlich gewesen sey (quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur; denn daß das Wort „rei" zu „promittendi", und das Wort „plenior" zu „obligatio" gehöre, werde ich wohl nicht erst bemerken dürfen; bemerkenswerth scheint mir aber, daß hier Papinian die bürgerliche Verbindlichkeit im Gegensatze gegen die natürliche — als eine obligationem pleniorem, d. h. als eine Verbindlichkeit mit voller — im Gegensatze gegen eine mit bloß beschränkter Wirkung bezeichnet). Unrichtig aber sey dieser Satz, wenn die Verbindlichkeit des Hauptschuldners eine bloß natürliche gewesen seye. Betrachten wir nun diesen Satz erst an und für sich, und in rein arithmetischer Beziehung, so werden wir denselben sehr richtig finden. Daß nehmlich der Bürge auch da, wo eine bloß objective natürliche Verbindlichkeit des Hauptschuldners Statt findet, bürgerlich verbindlich werde, haben wir bereits oben (§§. 91. u. 92.) gesehen. Gesetzt nun: der Hauptschuldner war bloß natürlich verbindlich, oder es war eine bloß objective, und nicht zugleich auch subjective natürliche Verbindlichkeit des Hauptschuldners vorhanden, so kann nur diese von

der klagbaren Verbindlichkeit abgezogen werden, und es bleibt somit immer die klagbare Verbindlichkeit des Bürgen zurück, d. h. die volle Wirkung bleibt immer, wenn wir auch die beschränkte Wirkung hievon abziehen. Wenn also der Bürge des Hauptschuldners nicht auch zugleich als dessen Erbe bürgerlich verbindlich wird, so bleibt er es als Bürge. — Den ersteren Fall, wo die Verbindlichkeit des Bürgen durch die Beerbung des Hauptschuldners erlischt, erläutert nun Papinian durch folgendes Beispiel: Wenn ein Minderjähriger von Jemand in gutem Glauben ein Darlehen erhalten, das dargeliehene Geld aber zwecklos durchgebracht habe, und dann noch innerhalb der Restitutions-Frist mit Hinterlassung seines Bürgen als Erben sterbe, so sey offenbar die Bürgschafts-Verbindlichkeit des Erben dadurch, daß er als Erbe nunmehr auch Hauptschuldner geworden, erloschen, und als Erbe des Minderjährigen könne er sich restituiren lassen (§. 85.). In diesem Beispiel wird nun aber offenbar ein Minderjähriger, welcher keinen Curator hatte, und nicht bloß ein solcher, welcher ohne Einwilligung seines Curators ein Darlehen erhielt, vorausgesetzt (§. 79.). Denn ein Minderjähriger, welcher einen Curator hatte, und bloß ohne dessen Einwilligung ein Darlehen aufnahm, konnte, da er die Rechte des Unmündigen hatte, nicht restituirt werden (§. 81.). Ein Minderjähriger aber, welcher keinen Curator hatte, wurde nicht nur natürlich, sondern bürgerlich verbindlich, und somit wurde nun auch die bürgerliche Verbindlichkeit des Erben als Bürgen durch die bürgerliche Verbindlichkeit des Erben — als Hauptschuldners aufgehoben, d. h. er konnte nicht mehr als Bürge, sondern bloß

noch als Hauptschuldner, oder vielmehr als Erbe des Hauptschuldners angesehen werden, und als solchem stand ihm nun auch die Restitution zu. Doch es sey mir erlaubt, nunmehr auch den letzteren Fall durch ein Beispiel zu erläutern. Gesetzt, der Minderjährige, welcher keinen Curator hatte, und ein Darlehen erhielt, welches er zwecklos verwendete, wurde noch zu seinen Lebzeiten restituirt. Durch die Restitution wurde nun die frühere bürgerliche Verbindlichkeit desselben zu einer bloß objectiven natürlichen (§. 85.) herabgedrückt, und als solche konnte sie nun auch die volle Verbindlichkeit des Erben als Bürgen nicht aufheben. Er bleibt somit bürgerlich als Bürge, und natürlich als Erbe verbindlich. Gesetzt nun auch, er wollte in seiner Eigenschaft als Erbe die Restitution nachsuchen, so würde ihm diese nichts nützen, da er ja immer noch als Bürge bürgerlich verbindlich ist. Die Stelle Papinians also weit entfernt — den Satz: daß dem Bürgen des Minderjährigen die dem Minderjährigen ertheilte Restitution nicht zu Statten komme, — zu bestreiten, oder ihm zu widersprechen, dient vielmehr gerade als Beleg desselben.

§. 96.

Weitere Belege für den Satz: daß der Bürge auch für eine bloß objective natürliche Verbindlichkeit bürgerlich verbindlich werde.

a) Scävola Fr. 60. D. de fidej. (46, 1.).

Nun erst wird uns auch die Stelle des Scävola Fr. 60. D. de fidej. (46, 1.) klar: „Ubicunque reus ita liberatur a creditore, „*ut natura debitum maneat teneri fidejussorem,* „*respondit, cum vero genere novationis transeat,*

„fidejussorem aut jure, aut exceptione liberari;“ denn im ersten Satz behauptet Scävola ganz allgemein, daß, wo der Haupt-Schuldner lediglich durch seine Subjectivität gegen die Verbindlichkeit geschützt seye, wo also immer noch, wie bey dem Unmündigen, der ohne Auctorität seines Tutors verbindlich geworden, oder bey dem Minderjährigen, der keinen Curator hat, und gegen die eingegangene Verbindlichkeit sich restituiren ließ — eine objective natürliche Verbindlichkeit zurückbleibt (§§. 72. u. 85.) — der Bürge verbindlich bleibe. Daß aber da, wo die Verbindlichkeit des Haupt-Schuldners selbst, nämlich — objectiv erlösche, wie dieß bey der Novation, qua tollitur — perimitur prior obligatio, quia transit in aliam — nach Ulpian

Fr. 1. pr. D. de novat. (46, 2.) §. 3. J. quib. mod. toll. oblig. (3, 29)

auch die Bürgschafts-Verbindlichkeit erlösche, womit dann auch das Diocletian'sche Rescript (§. 94.) übereinstimmte.

§. 97.

b) Paulus Fr. 68. D. de R. J. (50, 17.)

Hiemit stimmt nun auch Paulus

Fr. 68. D. de R. J. (50, 17.)

überein: „In omnibus causis id observatur, ut, *ubi „personae conditio locum facit beneficio, ibi de- „ficiente ea beneficium quoque deficiat: ubi vero „genus actionis id desiderat ibi, ad quemvis „persecutio ejus devenerit, non deficiat ratio „auxilii,“* welche Stelle die „Basiliken“ kürzer so geben:

L. II. tit. 3. §. 68. p. 15. (Witte Basil. tit. de R. J. Wratisl. 1826.)

„Τὰ προσώποις ὑπάρχοντα „προνόμιμα, σβέννυται αὐ„τοῖς τοῖς προσώποις, τὰ δὲ „προσόντα ταῖς ἀγωγαῖς, „πρὸς πάντας μετέρχεται."

„Personis competentia „privilegia, cum ipsis „personis extinguuntur; „quae vere actionibus in„sunt, ad omnes tran„seunt." — Denn auch Paulus behauptet, daß da, wo die bloße Subjectivität Jemand einen Rechts-Schutz ertheile, dieser lediglich auf diejenigen Subjecte, welchen er in Betracht ihrer Subjectivität ertheilt worden, zu beschränken, ein aus objectiven Gründen ertheilter aber Jedermann zu gut komme.

§. 98.

c) Gajus Fr. 7. D. de except. (44, 1.)

Hieran ist nun auch noch folgende Stelle des Gajus Fr. 7. D. de except. (44, 1.) anzureihen. *„Exceptiones, quae personae cujus„que cohaerent, non transeunt ad alios*, veluti „(ea) quam socius habet exceptionem, quod facere „possit, vel parens patronusve, non competit fide„jussori: sic mariti fidejussor post solutum matri„monium datus, in solidum dotis nomine condem„natur. §. 1. *Rei autem cohaerentes exceptiones „etiam fidejussoribus competunt:* ut rei judicatae, „doli mali, jurisjurandi, quod metus causa factum „est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omni„modo competit exceptio fidejussori. Intercessio„nis quoque exceptio: item quod libertatis one„randae causa petitur, etiam fidejussori competit. „Idem dicitur et si pro filiofamilias quis fidejusse„rit, aut pro minore XXV. annis *circumscripto*. „Quod si *deceptus sit in re, tunc nec ipse ante*

„habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fide-„jussori danda est exceptio.“ Gehen wir nun zur Erklärung dieser Stelle über: zu dem Worte „exceptiones,“ möchte ich, wie die unten (§. 99.) vorkommende

Const. 11. C. de except. (8, 38.)

sich ausdrückt, noch die Worte „et defensiones“ beisetzen, indem man z. B. den Rechts-Schutz des Unmündigen, welcher ohne Auctorität seines Tutors eine Verbindlichkeit eingieng, so wie den des Minderjährigen, welcher keinen Curator hatte, und gegen eine von ihm eingegangene Verbindlichkeit restituirt wurde, nicht wohl „exceptio,“ wohl aber „defensio“ nennen kann. Doch auf die defensiones kommt Gajus am Ende unserer Stelle. Hier behandelt er nun die persönlichen, d. h. lediglich auf den verbindlichen Haupt-Schuldner vermöge seiner Subjectivität anwendbaren Einreden, und unter diese zählt er die exceptio in id, quod facere possit, die sogenannte exceptio competentiae — Einrede des nothdürftigen Unterhalts, wovon

Ulpian Fr. 16—18.
Paulus Fr. 19. 21. 23. u. 25.
Modestin Fr. 20.
und
Pomponius Fr. 22. u. 24.
} D. de re jud. (42, 1.)

und behauptet, daß diese dem Bürgen nicht zustehe, worin Ulpian

Fr. 63. §. 1. D. pro soc. (17, 2.)

und Pomponius

Fr. 24. pr. sup. cit.

mit ihm übereinstimmen. Von den persönlichen Einreden geht er nun auf die objectiven Einreden, d. h.

auf die Einreden gegen die Sache, gegen die Verbindlichkeit selbst, nicht gegen die Person des Verbindlichen über, welche er exceptiones rei cohaerentes nennt. Unter diesen führt er nun auch die exceptio SCti Vellejani und SCti Macedoniani auf, letztere beide dürften nun aber in Beziehung auf die Frage: ob sie nicht vielmehr den persönlichen — subjectiven — Einreden, als den objectiven beizuzählen seyn möchten? etwas Bedenken erregen. Denn die exceptio SCti Vellejani kommt doch dem volljährigen Frauenzimmer in ihrer Eigenschaft — als Frauenzimmer, vergl. die Worte des SC. aufbewahrt von Ulpian

Fr. 2. §. 1. D. ad SCtum Vellej. (16, 1.)

und die des SCti Macedoniani dem Haussohn in seiner Eigenschaft als Haussohn, vergl. die Worte des SC. aufbewahrt von Ulpian

Fr. 1. pr. D. de SCto Maced. (14, 6.)

folglich aus einem lediglich subjectiven Grunde zu. Da sie aber nicht alle, sondern nur zunächst Eine Art von Verbindlichkeiten berühren (was freilich bey der „exceptio in id, quod facere potest," welche nur gegen gewisse Arten von Verbindlichkeiten gerichtet ist, auch der Fall ist, welche aber doch den persönlichen subjectiven Einreden beigezählt wird), so scheinen sie die römische Jurisprudenz und in Uebereinstimmung mit dieser auch die Justinianeische Gesetzgebung, vermöge ihrer objectiven Einseitigkeit als objective Einreden angesehen zu haben, und diese Ansicht ist nun jedenfalls die des positiven römischen Rechts. Der Schluß dieser Stelle von „aut pro minore" bis zum Ende, ist etwas schwieriger, und namentlich ist auf den ersten Augenblick auffallend, in wie weit sich dann der minor circumscriptus und der minor in re deceptus

von einander unterscheiden? Doch auch hier geben uns die Basiliken Licht:

L. LI. tit. 1. §. 8. (in Meerm. Thes. J. C. et C. Tom. V. p. 80.)

„ἢ τὸν ἀφήλικα περιγρα-„φόμενον· εἰ δὲ νομίμως „περιεγράφη, οὔτε αὐτὸς „χωρὶς ἀποκαταστάσεως βο-„ηθεῖται, οὔτε ὁ ἐγγυητὴς „αὐτοῦ παραγραφὴν ἔχει.

„vel pro minore *circum-„scripto*: sed si *jure* „*circumscriptus* fuerit, „neque ipse absque re-„stitutione adjuvatur, „neque fidejussor ejus „exceptionem habet —

und zeigen uns, daß, was in dieser Stelle *in re deceptus* heißt, eigentlich *jure deceptus* heißen sollte, und wahrscheinlich auch so geheißen hat, indem diese Lesart noch die Vulgata für sich hat. Denn so gibt jetzt die Stelle einen ganz guten Sinn, und es läßt sich wirklich ein bedeutender Unterschied zwischen dem minor circumscriptus im Allgemeinen, und dem jure circumscriptus oder deceptus aufstellen. Denn daß es auch ein jure circumscribere oder decipere, eine erlaubte — im Gegensatz gegen die unerlaubte Täuschung — Betrug — gebe, ersehen wir aus Ulpian

Fr. 16. §. 4. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

„Idem Pomponius ait, *in pretio emtionis et ven-„ditionis naturaliter licere contrahentibus se cir-„cumvenire*“ und Paulus

Fr. 22. §. 3. D. locat. cond. (19, 2.)

„Quemadmodum in emendo naturaliter concessum „est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris „sit, pluris vendere: et ita invicem se circumscri-„bere; ita in locationibus quoque et conductionibus „juris est.“ Das passendste Beispiel hiefür bietet die

Const. 2. C. de resc. vendit. (4, 44.)

Nach dieser kann nämlich der Volljährige (und nach der reinen Theorie des römischen Rechts wohl auch nur der Verkäufer) einen Kaufvertrag nur dann anfechten, wenn er nicht einmal die Hälfte des wahren Werths erhalten hat. Der Minderjährige aber kann sich schon dann restituiren lassen, wenn er überhaupt nicht den wahren Werth erhalten hat, in soferne nämlich das Minder nicht gar zu unbedeutend wäre (§. 81. 1.). Wenn also hier Gajus zwischen dem minor circumscriptus und dem minor jure deceptus unterscheidet, so wollte er durch den erstern bloß den minorem communi-civili-auxilio et mero jure munitum im Gegensatz gegen den jure deceptum, qui extraordinario restitutionis auxilio eget, (§. 81. 2.) somit also auch nur wieder den Unterschied der Sub- und Objectivität der Rechtsmittel bezeichnen, und stimmt somit lediglich auch mit den früheren Stellen überein. Den Grund aber, warum die objectiven Rechtsmittel auf den Bürgen übergehen, führt Javolen an:

Fr. 46. D. de fidej. (46, 1.)

„Cum lex venditionibus occurrere voluerit, fide„jussor quoque liberatur: eo magis, quod per „ejusmodi actionem ad reum pervenitur.“ Dieser Grund paßt nun freylich zunächst nur auf diejenigen Fälle, in welchen dem Bürgen eine eigene Klage zusteht (§. 101.), welche aber wohl auch die gewöhnlichsten seyn werden, aber auch in diesem Grunde liegt der Beweis, daß die rein subjective Nichtverbindlichkeit des Hauptschuldners nicht auf den Bürgen übergehe, denn da diesen schon seine Subjectivität gegen den Bürgen schützte, so bedarf es nicht auch

noch eines weitern Schutzes — nämlich des Uebergangs des Rechtsmittels auf den Bürgen, was derjenige, welcher nur objectiv nicht verbindlich ist, offenbar nöthig hat, weil ihm sonst seine gegen die Klage des Gläubigers glücklich durchgeführte Einrede durch die Rückgriffs-Klage des Bürgen wieder entrissen, folglich, was ihm mit der einen Hand gegeben, mit der andern wieder entrissen würde. Nach dieser Stelle des Gajus sind nun auch die Stellen

Marcians Fr. 19. D. de except. (44, 1.)

„Omnes exceptiones, „quae reo competunt, fi„dejussori quoque *etiam* „*invito reo* competunt."

Ulpians Fr. 32. D. de fid. ej. (46, 1.)

„Ex persona rei *et qui*„*dem invito reo* excep„tio et caetera rei com„moda fidejussori caete„risque accessionibus „competunt." (Statt „accessionibus" aber hat die vulgata die Lesart „accessoribus," womit auch die „Basiliken"

L. XXVI. tit. 1. §. 32. (Ed. Fabr. Tom. IV. p. 100.)

„καὶ πᾶσι τοῖς ὑπέρ τινος „παρεμβάλλουσιν"

„et omnibus, qui pro „aliis se obligant"

übereinstimmen, und welche Lesart auch offenbar einen bessern Sinn gibt) zu berichtigen. Ueberhaupt aber ist nach meiner Ansicht in der Marcian'schen Stelle nicht auf das Wort „omnes" und in der Ulpian'schen nicht auf die Worte „ex persona rei" sondern in beyden auf die Worte „invito reo" besonderes Gewicht zu legen, und insofern sprechen sie nur denjenigen Satz, welchen Julian in besonderer Beziehung auf Stipulationen ausspricht, und wofür er zugleich einen sehr vernünftigen Grund anführt:

Fr. 16. pr. D. de fidej. (46, 1.)

„Si stipulatus esses à me sine causa, et fidejusso„rem dedissem, et nollem eum exceptione uti, sed „potius solvere, ut mecum mandati judicio age„ret: fidejussori, *etiam invito me*, exceptio dari „debet: *interest enim ejus, pecuniam retinere po„tius, quam solutam stipulatori à reo repetere*" im Allgemeinen aus.

§. 99.

d) Die Impiratoren, Diocletian und Maximian
Const. 11. C. de except. (8, 36.)

Endlich liefert aber auch für unsern obigen Satz ein Rescript der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 11. C. de except. (8, 36.)

„Defensiones sive exceptiones ad intercessores ex„tendi, *quibus reus principalis integro manente „statu munitus est*" einen weiteren Beleg, denn unter dem „status integer" ist hier der „status legitimus," wie ihn die

Const. 5. C. quando dies legati (6, 53.)

oder der „status suus" wie ihn Papinian

Fr. 77. §. 14. D. de leg. 2. (31.)

nennt, — nämlich die Volljährigkeit des Hauptschuldners — zu verstehen.

§. 100.

Erklärung des Fr. 24. u. 127. D. de V. O. (45, 1.)

Noch habe ich aber hier folgender zwey merkwürdigen Stellen zu erwähnen:

Paulus Fr. 24. D. de V. O. (45, 1.)	Scävola Fr. 127. D. ej. tit.
„Sed si ex stipulatu Sti-„chum debeat pupillus, „*non videbitur per* „*eum mora fieri, ut* „*mortuo eo teneatur:* „*nisi (si) tutore aucto*-„*re, aut solus tutor* „*interpelletur.*"	„Si pupillus *sine tutoris* „*auctoritate* Stichum „promittat, et fidejus-„sorem dedit, *servus* „*autem post moram à* „*pupillo factam dece*-„*dat; nec fidejussor* „*erit propter pupilli*

„*moram obligatus; nulla enim intelligitur mo*-„*ra ibi fieri, ubi nulla petitio est: esse autem* „*fidejussorem obligatum ad hoc, ut vivo ho*-„*mine conveniatur, vel ex ea mora sua postea.*" Hier wirft nämlich Scävola, dessen Stelle die vollständigere ist, die Frage auf: Wenn ein Unmündiger ohne Auctorität seines Tutors einem Andern einen Sklaven zu übergeben versprochen habe, und sich im Verzug befinde, während des Verzugs aber der Sklave gestorben sey, ob der Bürge dennoch haffte? Daß nun, wenn der Sklave, noch ehe der Schuldner im Verzug war, gestorben ist, auch der Volljährige seiner Verbindlichkeit entledigt wäre, ersehen wir aus Paulus

Fr. 83. §. 7. D. de V. O. (45, 1.)

„quia etsi deberetur, morte promissor liberetur" und:

Fr. 49. §. 3.
Javolen Fr. 105.
Pomponius Fr. 23.
und
Ulpian Fr. 114.
} D. ej. tit.

daß aber der Volljährige, und somit auch dessen Bürge dann haften würden, wenn der Sclave erst während des Verzugs gestorben ist, unterliegt nach

Paulus Fr. 49. pr.
Fr. 88.
und
Ulpian Fr. 82. §. 1.
} D. de V. O. (45, 1.)

keinem Zweifel. Hier spricht aber Scävola den Bürgen frey, weil, wo dem Gläubiger keine Klage zustehe (§. 62.), auch kein Verzug, nämlich im rechtlichen Sinne des Worts oder — mit rechtlicher Wirkung, denkbar seye, ein Satz, der aus der vorliegenden Stelle von den Compilatoren der Digesten in dem

Fr. 88. D. de R. J. (50, 17.)

unter die Rechts-Regeln aufgenommen wurde, und welchen Paulus

Fr. 40. D. de R. C. (12, 1.)

„*non* enim *in mora* est is, a quo pecunia *propter exceptionem* peti *non* potest," und Ulpian

Fr. 21. D. de usuris etc. (22, 1.)

„*Quid* enim, si etc. *exceptio* aliqua allegetur? „*Mora facta non videtur*" auch auf solche Klagen, welche durch Einreden entkräftet werden können, anwenden, wohl, weil eine durch eine Einrede zu entkräftende Klage gleich keiner Klage ist (§. 41.). — Allein wir müssen diese Ausnahme lediglich nur

1) auf einen zufälligen Untergang, und zwar
2) einer an und für sich bestimmten, nicht vertretbaren Sache beschränken, denn nur der zufällige Untergang einer nicht vertretbaren Sache hebt

die Verbindlichkeit wegen physischer Unmöglichkeit der Leistung auf nach

Julian Fr. 59. Paulus Fr. 35. Pomponius Fr. 23. und Ulpian Fr. 69.	D. de V. O. (45, 1.)

und dieses findet ausnahmsweise auch bey vertretbaren Sachen, welche nach ausdrücklicher besonderer Bestimmung als an und für sich bestimmte anzusehen sind, statt, wovon Paulus

Fr. 37. D. ej. tit.

„Si *certos* nummos, *qui in arca sunt*, stipulatus „sim, *et hi sine culpa promissoris perierunt:* „*nihil nobis debetur.*" Hätte daher der Unmündige den Sklaven vor oder während des Verzugs getödtet oder freygelassen, so würde der Bürge immer noch haften. Aus Scävolas Stelle ist nun auch die Stelle des Paulus zu berichtigen. Man könnte nämlich leicht von dem Schlußsatze der letzteren, von „nisi" bis zum Ende, zu der Vermuthung veranlaßt werden, daß der Unmündige, auch wenn er ohne Auctorität seines Tutors das Versprechen geleistet, durch eine unter Auctorität des Tutors, oder wenigstens an den Tutor erlassene Mahnung (interpellatio) in Verzug gesetzt werden könne, allein dieß ist offenbar nicht der Sinn des Paulus, sondern dieser setzt hier nur voraus, daß das Versprechen unter Auctorität des Tutors geleistet worden, und verlangt nur, daß dann auch die Anmahnung in der gehörigen Form, nämlich entweder unter Auctorität des Tutors oder an den Tutor allein geschehe, denn eine Anmahnung an etwas, wozu ich keine Klage habe,

ist keine, und eine nicht in gehöriger Form erlassene Mahnung ist gleichfalls als keine anzusehen. Diese Ausnahme findet nun aber auch bey den Bürgen derjenigen Minderjährigen statt, welche einen Curator hatten, und ohne Einwilligung desselben sich verbindlich machten, denn auch bey diesen kann aus demselben Grunde, weil nämlich dem Gläubiger es an der Klage gebricht, kein Verzug mit rechtlicher Wirkung statt finden. Dagegen aber findet sie nicht statt bey dem Bürgen desjenigen Minderjährigen, welcher keinen Curator hatte — und somit bürgerlich verbindlich wurde (§. 79.), selbst wenn er gegen die eingegangene Verbindlichkeit restituirt wurde, weil die Restitution dem Bürgen nicht zu gut kommt (§§. 94. u. 95.), somit hier auch der Grund, warum kein Verzug denkbar ist, wegfällt.

§. 101.

Von dem Rückgriff des Bürgen gegen den Hauptschuldner überhaupt, und insbesondere gegen einen Wahnsinnigen, gerichtlich erklärten Verschwender, Unmündigen und Minderjährigen.

Der Frage, in wie weit dem Bürgen eines Wahnsinnigen, gerichtlich erklärten Verschwenders, Unmündigen und Minderjährigen der Rückgriff gegen den Hauptschuldner zustehe? muß offenbar die Vorfrage: In wie weit dem Bürgen der Rückgriff überhaupt zustehe? vorausgehen. Nach Ulpian

Fr. 6. §. 2. D. Mandati (17, 1.)

„Si *passus sim*, aliquem pro me fidejubere, vel alias „intervenire, *mandati* teneor: et nisi pro *invito* „quis intercesserit, aut *donandi animo*, aut *ne-* „*gotium gerens*, erit *mandati actio*“ steht nämlich dem Bürgen, welcher sich mit Vorwissen oder

Einwilligung des Hauptschuldners verbürgt hatte, die actio mandati, demjenigen aber, welcher sich ohne Vorwissen des Hauptschuldners verbürgt hatte, die actio negotiorum gestorum zu, in Betreff welch' letzterer mit Ulpian, welcher eben dieß im

Fr. 5. pr. D. de negot. gest. (3, 5.)

behauptet, noch Paulus

Fr. 20. §. 1. D. Mandati (17, 1.)

„Fidejussori *negotiorum gestorum* est actio, si pro „*absente* fidejusserit, nam mandati actio non pot„est competere, cum non antecesserit mandatum" so wie die

Const. 12. C. de negot. gest. (2, 19.)

übereinstimmen. Nur in diesen beiden Fällen steht somit dem Bürgen eine eigene Klage zu. Wenn aber der Bürge sich gegen den Willen des Hauptschuldners verbürgt hat, so steht ihm nach Paulus

Fr. 40. D. Mandati (17, 1.)

„Si pro te *praesente et vetante* fidejusserim, *nec* „*mandati actio, nec negotiorum gestorum est:* „sed quidam utilem putant dari (oportere): *qui*„*bus non consentio, secundum quod et Pompo*„*nio videtur*" — keine eigene Klage zu, sondern er kann sich bloß der ihm vom Hauptschuldner abgetretenen bedienen. Gar keine Klage aber steht ihm zu, wenn er bloß in der Absicht die Verbindlichkeit des Hauptschuldners zu übernehmen und diesen hierdurch zu befreyen (donandi animo), nicht aber in der Absicht den Hauptschuldner sich verbindlich zu machen, sich verbürgte, nach Ulpian

l. s. c.

und

Const. 12. C. de negot. gest. s. c.

Nun läßt sich aber ein Mandats-Verhältniß und somit auch die actio mandati bey Wahnsinnigen, gerichtlich erklärten Verschwendern, in so weit sie ersteren gleich geachtet sind, und bey Unmündigen ohne Auctorität ihres Tutors, so wie bey Minderjährigen, welche einen Curator haben, ohne Einwilligung ihres Curators gar nicht denken (§§. 50. 79. 88.), und höchstens könnte eine condictio in id, in quantum locupletiores facti sunt (§. 69.) gegen sie statt finden. Desgleichen ist auch die negotiorum gestorum actio in der Richtung gegen sie auf die obligatio ex re, d. h. in quantum locupletiores facti sunt, beschränkt (§. 59.), und da auch die Klage des Gläubigers nur auf die obligatio ex re beschränkt ist (§. 69.), so kann auch derjenige Bürge, welchem keine eigene Klage zusteht, und welcher sich daher nur der ihm vom Hauptschuldner abgetretenen bedienen kann, sie nur — in so weit sie durch das Rechts-Geschäft bereichert sind — belangen. Bey Minderjährigen aber, welche keinen Curator haben, und sich bloß der Restitution bedienen können, tritt ein anderes Verhältniß ein. Diese sind nämlich, wenn dem Bürgen eine eigene Klage zusteht, durch die in Beziehung auf das Hauptgeschäft ihnen ertheilte Restitution gegen die eigene Klage des Bürgen nicht geschützt, und sie bedürfen daher auch noch einer weitern Restitution gegen letztere, wie wir bereits oben (§. 94.) gesehen haben. Da aber, wo der Bürge sich nur der ihm vom Hauptschuldner abgetretenen, somit der aus dem Rechts-Geschäft selbst, gegen welches der Minderjährige restituirt worden, — entspringenden Klage bedienen kann, schützt ihn die gegen den Hauptschuldner ertheilte Restitution auch gegen den Bürgen.

§. 102.

In wie weit dem Bürgen, welcher einer dem Hauptschuldner zustehenden zerstörlichen Einrede unerachtet den Gläubiger befriedigte, der Rückgriff gegen ersteren zustehe?

Auf die Frage: In wie weit dem Bürgen, welcher einer dem Hauptschuldner zustehenden zerstörlichen Einrede unerachtet den Gläubiger befriedigte, der Rückgriff gegen ersteren zustehe? erwiedert Ulpian

Fr. 29. pr. D. Mandati (17, 1.)

„Si fidejussor conventus, cum ignoraret non fuisse „debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa „fidejussionis, an mandati judicio persequi possit „id, quod solverit, quaeritur? Et si quidem *sciens* „praetermiserit exceptionem vel doli, vel non numeratae pecuniae, videtur *dolo* versari, dissoluta „enim negligentia prope dolum est. *Si vero ignoravit, nihil, quod ei imputetur.*“ Nach dieser Stelle kommt es also ganz darauf an, ob dem Bürgen die dem Hauptschuldner zustehende zerstörliche Einrede bekannt war oder nicht, denn nur im letzteren Falle steht ihm, wenn er jener unerachtet den Gläubiger befriedigte, der Rückgriff gegen den Hauptschuldner zu. Natürlich aber müssen wir hier einen solchen Bürgen voraussetzen, welchem eine eigene Klage (§. 101.), und zwar insbesondere nur einen solchen, welchem die actio mandati (§. 103. a. E.) zusteht. Denn kann sich der Bürge bloß der ihm vom Hauptschuldner abgetretenen Klage bedienen, so schützt ja den Hauptschuldner dieselbe zerstörende Einrede, welche ihn gegen den Gläubiger geschützt hätte, auch gegen den Bürgen. Allein nun ist weiter zu untersuchen: ob denn jede Unwissenheit dem Bürgen zu Statten komme? Hierauf erwiedert Ulpian

l. s. c. §. 1.

„Non male tractabitur, si cum ignoraret fidejussor „inutiliter se obligatum, solverit, an mandati ac„tionem habeat? *Et si quidem factum ignora„vit, recipi ignorantia ejus potest, si vero jus „aliud dici debet*" und beschränkt somit die entschuldbare Unwissenheit lediglich auf factische — thatsächliche — Unkenntniß eines Thatumstandes, und schließt die Unwissenheit des Rechts — Unkenntniß der Gesetze — aus. Allein auch die Kenntniß des Bürgen von dem den Hauptschuldner schützenden Thatumstande kann unter gewissen Umständen entschuldbar seyn nach Ulpian

Fr. 10. §. 12. D. Mandati (17, 1.)

„Quodsi eam (sc. exceptionem) qua reus uti po„tuit (sc. praetermisserit) si *sciens* id fecit, non „habiturum mandati actionem, *si modo habuit „facultatem rei conveniendi desiderandique, ut „ipse susciperet potius judicium vel suo vel pro„curatorio nomine*" — denn wenn der Bürge z. B. im Allgemeinen, weil es ihm etwa der Hauptschuldner jedoch nur erzählungsweise eröffnet hat, wohl weiß, daß dem Hauptschuldner eine Einrede zustehe, er kann sie aber, weil ihm die Beweismittel derselben unbekannt sind, nicht erweisen, so kann ihn nur dann ein Vorwurf treffen, wenn er nicht durch Adcitation des Hauptschuldners diesem Gelegenheit gegeben hat, die Klage des Gläubigers zu entkräften; so würde also jetzt auch nach Justinians

Nov. 4. cap. 1.

derjenige Bürge, welcher sich der exceptio ordinis s. excussionis — Einrede der Vorausklage — nicht bedient hat, offenbar seinen Rückgriff gegen den Hauptschuldner verlieren. Derjenige aber, welcher sich derselben bedient hat — aber, weil der Hauptschuldner

schwer zu belangen (difficilis conventionis) ist, damit abgewiesen wurde, hätte sich denselben offenbar gesichert, in so ferne er nur durch eine Adcitation des Hauptschuldners, wenn diese auch nur auf dem Wege einer Edictal-Ladung möglich wäre, diesem die Gelegenheit zur Vertheidigung verschafft hat. Ueber die näheren Modalitäten des Rückgriffs aber ist folgende Stelle des Celsus zu berücksichtigen:

Fr. 47. D. de cond. indeb. (12, 6.)

„Indebitam pecuniam per errorem promisisti; eam, „qui pro te fidejusserat, solvit: ego existimo, *si* „*nomine tuo solverit fidejussor, te fidejussori,* „*stipulatorem tibi obligatum fore,* nec expectan„dum est, ut ratum habeas: *sin autem fidejussor* „*suo nomine solverit, quod non debebat, ipsum* „*a stipulatore repetere posse:* quoniam indebi„tam jure gentium pecuniam solvit: *quo minus* „*autem consequi poterit ab eo, cui solvit, a te* „*mandati judicio consecuturum,* si modo per ig„norantiam petentem exceptione doli non summo„verit" — Den letzteren nur durch eine fehlerhafte Construction etwas undeutlich gewordenen Satz geben die „Basiliken"

L. XXIV. tit. 6. §. 47. (Ed. Fabr. Tom. III. p. 557.)

ganz deutlich auf folgende Art:

„Ἐὰν μέντοι κατ' ἄγνοιαν „οὐκ ἐχρήσατο τῇ παρα„γραφῇ."	„si modo per ignoran„tiam exceptione usus „non sit."

§. 103.

§. 103.

Fortsetzung. Erläuterung des Fr. 47. D. de cond. indeb. (12, 6.)

Celsus unterscheidet also in der vorliegenden Stelle zwischen denjenigen Bürgen, welche „sub nomine" für eigene Rechnung oder in eigenem Namen, und denjenigen, welche „debitoris nomine" für Rechnung und im Namen des Haupt-Schuldners den Gläubiger befriedigt haben. Und diese Verschiedenheit der Bürgen haben wir vorerst zu erläutern. Offenbar versteht nämlich Celsus unter demjenigen Bürgen, qui suo nomine solvit, den sogenannten mandator, d. h. denjenigen, welcher den Gläubiger veranlaßt — ihm den Rath ertheilt hat, mit diesem bestimmten Haupt-Schuldner das Rechts-Geschäft einzugehen, wie uns Theophilus

Paraphr. Instit. L. III. §. 6. (Ed. Reitz. p. 700.)

eine andere Stelle des Celsus

Fr. 1. §. 2. D. Mandati (17, 1.)

und den

§. 6. J. de mandato (3, 26.)

(leider ist bey Gajus

Comment. L. II. §. 156. p. 265—267.

die Stelle gerade in Beziehung auf die Hauptsätze nicht ganz leserlich) folgendermaßen trefflich erläutert:

„Καὶ ἐπὶ τοσοῦτον ταῦτα „οὕτως ἔχει, ὅτι γέγονε πα-„ρὰ τοῖς παλαιοῖς ἀμφιβο-„λία, εἰ ἄρα τῇ mandati „κατέχομαι, ἐντειλάμενός „σοι ἵνα τιτίῳ ἐπὶ τόκῳ „δανείσῃς χρήματα, τινῶν „συμβουλὴν τοῦτο λεγόν-	„Et in tantum haec ita „se habent, ut apud ve-„teres controversia fue-„rit, an mandati tenerer, „mandans tibi, ut Titio „sub fenore pecuniam „crederes, nonnullis „consilium hoc esse di-

„των, καὶ μὴ τίκτειν ἐνο-
„χὴν κατὰ τὰ ἐιρημένα.
„Ἐκράτησε δὲ μᾶλλον ἡ
„τοῦ Σαβίνου γνώμη λέγου-
„σα, ἔνοχόν με γίνεσθαι
„τῇ mandati. ἐπειδὴ γὰρ
„κέρτον ὑπεθέμην πρόσω-
„πον Τιτίου, διὰ τοῦτο καὶ
„ἐνέχομαι, τρόπον τινὰ μι-
„μούμενος ἐγγυητήν. Ἐι
„μὲν γὰρ ἔιπω ἀπροσδιο-
„ρίςως, δάνεισον τὰ χρήμα-
„τα, ἐνοχοποιὸν ὀυκ ἔςιν
„(ὡς ἔιρηται) τὸ μανδάτον·
„ἐι δὲ ῥητὸν ὑπόθωμαι πρό-
„σωπον κατὰ τὸ κρατῆσαν
„ἔθος ὑπεύθυνος ἔσομαι τῇ
„mandati.“

„centibus, neque actio-
„nem parere secundum
„jam dicta. Sed obtinuit
„Sabini sententia, dicens
„me obligari mandati:
„nam quia certam Titii
„personam proposui,
„ideo et obligor, *imitatus*
„*quodammodo fidejus-*
„*sorem. Si enim inde-*
„*finite dixero, crede*
„*tuam pecuniam, obli-*
„*gatorium haud est (uti*
„*dictum) mandatum:*
„*sin autem certam pro-*
„*posuero personam, se-*
„*cundum morem nunc*
„*obtinentem mandati*
„*actioni obnoxius ero.*“

Hieraus erklärt sich nun auch, daß die Bürgschafts-Verbindlichkeit des Mandators als eine Art selbstständiger Verbindlichkeit gegen den Gläubiger angesehen wurde, nach Julian

Fr. 13. D. de fidej. (46, 1.)

„Si mandatu meo Titio decem credideris, et mecum „mandati egeris, non liberabitur Titius: sed ego „tibi non aliter condemnari debebo, quam si actio-„nes, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. „Item, si cum Titio egeris, ego non liberabor: sed „in id duntaxat tibi obligatus ero, quod a Titio „servare non potueris“ und Ulpian

Fr. 28. D. Mandati (17, 1.).

„Papinianus L. III. Questionum ait: mandatorem

„debitoris solventem, ipso jure reum non liberare: „propter mandatum enim suum solvit et suo no„mine, ideoque mandati actiones putat adversus „reum cedi debere.“ Und daß von der allgemeinen Regel des früheren Rechts, von welcher der westgothische Gajus

L. II. tit. 9. §. 2.

und Paulus

Rec. Sent. 2, 17, 16.

„Electo reo principali, fidejussor vel heres ejus li„beratur, non idem in mandatoribus observatur“ vergl. auch

Fr. 7. pr. D. de fidej. (46, 1.) [§. 113.]

nach welcher der Gläubiger, wenn er den Haupt-Schuldner mit Uebergehung des Bürgen belangte, Letzteren von seiner Verbindlichkeit befreite, was aber von Justinian

Constit. 28. C. de fidej. (8, 41.)

aufgehoben wurde, die Mandatoren eine Ausnahme machten. Zugleich ersehen wir aber auch hieraus, daß unter denjenigen Bürgen, welche nomine debitoris bezahlen, alle übrigen mit Ausnahme des Mandatoren zu begreifen sind. Zwischen den Mandatoren und den übrigen Bürgen findet nun aber in Beziehung auf den Rückgriff gegen den Haupt-Schuldner folgender Unterschied nach Celsus statt. Der Mandator hat nämlich zuerst den Gläubiger mittelst der condictio indebiti, welche eine obligatio juris gentium oder condictio naturalis (§. 62.) ist, daher auch Celsus das Bezahlte pecuniam jure gentium indebitam nennt, denn jure civili war es — nämlich actione mandati — debita, zu belangen, und nur dasjenige, was er von dem Gläubiger nicht wieder

erhalten kann, hat ihm der Haupt-Schuldner zu ersetzen. Wie aber nun, wenn der Mandator den Gläubiger, welcher einem Haussohn ein Darleihen gegeben, aus thatsächlicher Unwissenheit, nämlich, weil er nicht wußte, daß der Haupt-Schuldner ein Haussohn seye, und nicht aus Gesetzes-Unkunde, weil er nicht wußte, daß dem Haussohn die exceptio SCti Macedoniani zustehe, befriedigt hat? in welchem Fall die Bezahlung von dem Mandator nicht mehr zurückgefordert werden kann, nach Ulpian

Fr. 9. §. 1. D. de SCto Maced. (14, 6.)

In diesem Fall hat der Haupt-Schuldner dem Bürgen vollen Ersatz zu leisten. Alle übrigen Bürgen aber können unmittelbar ihren Rückgriff gegen den Haupt-Schuldner nehmen, und diesem steht dann die condictio indebiti gegen den Gläubiger zu. Allein eine besondere Untersuchung verdient nun noch die Frage: Ob dieser Rückgriff nach der so eben bezeichneten Modalität allen Bürgen, welchen eine eigene Klage, also nicht nur denjenigen, welchen die actio mandati, sondern auch denjenigen, welchen die actio negotiorum gestorum zusteht, zukomme? Daß die Stellen des Römischen Rechts nur von ersteren handeln, ersehen wir aus denselben, und auf die letztere kann dieß nach der Natur der actio negotiorum gestorum wohl auch nicht anwendbar seyn, denn die actio negotiorum gestorum setzt immer negotia *utiliter* gesta voraus, nach

Gajus Fr. 2.
Scävola Fr. 9.
und
Ulpian Fr. 10.
} D. de negot. gestis (3, 5.)

§. 1. J. de oblig. quasi ex contr. (3, 27.)

und daß ein Bürge, welcher auch aus thatsächlicher

Unwissenheit der dem Haupt-Schuldner zustehenden zerstörlichen Einrede den Gläubiger befriedigte, hiedurch den Nutzen des Haupt-Schuldners befördert habe, läßt sich gewiß nicht behaupten. Allein die condictio indebiti gegen den Gläubiger, er mag nun mandator seyn oder nicht, läßt sich ihm gewiß nicht absprechen.

§. 104.

Anwendung des bisherigen Satzes auf Wahnsinnige, Unmündige, Minderjährige und gerichtlich erklärte Verschwender als Bürgen.

Wenden wir nun das bisherige auf Wahnsinnige und Kinder an, so ergibt sich, daß da bey diesen von einem contractus mandati, somit also auch von einer actio mandati keine Rede seyn kann, den Vormündern derselben nur die condictio indebiti, oder sine causa gegen den befriedigten Gläubiger zustehen kann. Dadurch könnten sie nun allerdings in eine schlimmere Lage, als die übrigen versetzt werden, denn wenn der Gläubiger keinen vollen Ersatz mehr leisten könnte, wäre auch ihnen der Rückgriff an den Haupt-Schuldner nothwendig, allein da dieser ein den Wahnsinnigen und Kindern als rein willenlosen — unfreien — unmögliches Rechts-Geschäft voraussetzt, so ist eben dieser Rückgriff auch rechtlich unmöglich. Dagegen aber können Unmündige und Minderjährige, welche einen Curator haben, und ohne Einwilligung desselben sich verbindlich machten, auch den Haupt-Schuldner mittelst der actione mandati belangen, da sie wenigstens Andere sich verbindlich machen können, und ein gleiches ist auch bey den gerichtlichen erklärten Verschwendern und den Minderjährigen, welche keinen Curator haben, der Fall, denn erstere sind hier offenbar den Unmündigen gleichzusetzen. Bey Minderjäh-

rigen aber ist der thatsächlichen Unwissenheit die Unkenntniß der Gesetze gleich zu achten nach Paulus

Fr. 9. D. de jur. et facti ignor. (22, 6.)

„Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere: ante „praemisso, *quod minoribus XXV. annis jus „ignorare permissum est.*“

§. 105.

Von dem Rückgriff des Bürgen, welcher einer ihm selbst zustehenden zerstörlichen Einrede unerachtet den Gläubiger befriedigt hat?

Von dem Falle: In wie weit dem Bürgen, welcher einer ihm selbst zustehenden zerstörlichen Einrede unerachtet den Gläubiger befriedigt hat, der Rückgriff gegen den Haupt-Schuldner zustehe? handelt Ulpian

Fr. 10. §. 12. D. Mand. (17, 1.)

„Generaliter Julianus ait: si fidejussor *ex sua „persona* omiserit exceptionem, *qua reus uti non „potuit*, si quidem *minus honestam*, habere eum „mandati actionem.“ Aus den Worten: „minus „honestam“ zog nun aber schon ein Scholiast der „Basiliken“

Ed. Fabr. Tom. II. p. 177.

den Schluß, daß, wenn der Bürge sich einer bloß ihm zustehenden exceptio honesta nicht bedient habe, er den Rückgriff gegen den Haupt-Schuldner nicht mehr nehmen könne. Abgesehen aber nun einmal von der gewiß schwierigen Frage: Was eine exceptio honesta und minus honesta seye? glaube ich erweisen zu können, daß man hier viel zu rasch dem Julian einen Gegensatz, der gewiß nicht in seiner Absicht lag, angedichtet hat. Es belehrt uns nämlich Paulus

Fr. 31. D. ad SCt. Vellej. (16, 1.)
„Si mulier, quod ex intercessione solvit, nolit „repetere, sed mandati agere, et cavere velit de „indemnitate reo, audienda est," sodann Ulpian selbst, der Referent Julians, in obiger Stelle

Fr. 29. §. 6. D. Mandati (17, 1.)
„Fidejussor, si *solus* tempore liberatus, tamen „solverit creditori, recte mandati habebit actio„nem adversus reum: quamquam enim jam libe„ratus solvit, tamen fidem implevit, et debitorem „liberavit: si igitur paratus sit defendere reum „adversus creditorem, aequissimum est, mandati „judicio eum, quod solvit, recuperare, et ita Ju„liano videtur." Also auch Julian — der Verfasser obiger Stelle, war dieser Meynung. Sollten dann nun aber die exceptio SCti Vellejani und die exceptio tempore liberationis exceptiones minus honestae seyn? Ich vermag dieß nicht zu fassen. Auch hat man schon früher diese beyden letztern Stellen mit diesem vermeintlichen Gegensatze nicht vereinigen können, und sich dann dadurch aus der Noth geholfen, daß man behauptete, zwischen demjenigen Bürgen, welcher sich einer exceptio minus honesta, und demjenigen, welcher sich einer exceptio honesta nicht bedient habe, finde bloß der Unterschied statt, daß ersterer unbedingt, letzterer aber nur bedingt, nämlich sub cautione de indemnitate den Haupt-Schuldner belangen könne. Allein auch dieser den Julian-Ulpian'schen Stellen offenbar widersprechende Nothbehelf stellt sich als unrichtig heraus. Offenbar setzt sich nämlich derjenige Bürge, welcher dem kürzeren Weg der zerstörlichen Einrede, der ihm Befreyung von seiner Verbindlichkeit zust-

chert, den längeren und schwierigeren Weg des Rückgriffs gegen den Schuldner, welcher ihm bloß Ersatz bietet, vorzieht, dem Verdacht aus, daß er aus ganz besondern, und vielleicht eben nicht sehr lobenswürdigen Absichten sich seiner Einrede nicht bedient habe, und setzt daher auch den Haupt-Schuldner in die Nothwendigkeit, wegen möglicher gedoppelter Bezahlung auf seiner Huth zu seyn. Dieß ist aber bey der exceptio minus honesta, wie bey der exceptio honesta, wenn man je anders die Einreden so eintheilen könnte, der Fall, und somit taugt auch dieser Nothbehelf nichts. Allein ich glaube selbst, daß die Worte „minus honestam“ in der Ulpian-Julian'schen Stelle nicht für überflüssig zu erachten sind, sondern einen ganz bestimmten Sinn haben, und einen solchen haben sie auch, wenn man sie nicht auf das Wort „exceptionem“ sondern auf die Worte „mandati actionem“ bezieht, und zwar einen sehr treffenden, denn dann bezeichnen sie eben dasjenige, was ich oben von der Verdächtigung des Bürgen erwähnt habe, und so konnten auch Julian und Ulpian im vorliegenden Falle die actionem mandati eine si quidem minus honestam d. h. wenn gleich verdächtigende Klage nennen.

§. 106.

Von dem Rückgriff des Bürgen gegen den Hauptschuldner, welcher den schon vom Hauptschuldner befriedigten Gläubiger befriedigt hat.

In wieweit derjenige Bürge, welcher den schon vom Hauptschuldner befriedigten Gläubiger befriedigt hat, den Rückgriff gegen den Hauptschuldner nehmen könne? davon Ulpian

Fr. 29, §. 2. D. Mandati (17, 1.)

„*Si cum debitor solverit, ignarus fidejussor* „*solverit, puto eum mandati habere actionem:* „ignoscendum est enim ei, si non divinavit, debi„torem solvisse: debitor enim debuit notum fa„cere fidejussori, jam se solvisse, ne forte creditor „obrepat, et ignorantiam ejus circumveniat, et ex„cutiat ei summam, in quam fidejussit.“ Allein auch hier kann der Rückgriff nur demjenigen Bürgen — welchem die actio mandati — zustehen, denn dem negotiorum gestor steht auch hier die gestio inutilis (§. 103.) entgegen.

§. 107.

Von dem Rückgriff des Bürgen gegen den Haupt-Schuldner, wenn letzterer den schon vom Bürgen befriedigten Gläubiger befriedigte.

Von dem Falle: In wieweit der Bürge den Rückgriff gegen den Haupt-Schuldner, wenn letzterer den schon vom Bürgen befriedigten Gläubiger befriedigte, nehmen könne, handelt Ulpian

Fr. 29. §. 3. D. Mandati (17, 1.)

„Hoc idem tractari et in fidejussore potest: si cum „solvisset non certioravit reum, sic deinde reus „solvit, quod solvere cum non oportebat: et credo „*si cum posset (eum) certiorare, non fecit,* „*oportere mandati agentem fidejussorem repelli.* „*Dolo enim proximum est, si post solutionem* „*non nuntiaverit debitori: cedere autem reus* „*indebiti actione fidejussori debet*, ne duplum „creditor consequatur.“ Konnte daher der Bürge den Haupt-Schuldner nicht in Kenntniß setzen, so kann er den Rückgriff gegen diesen nehmen. Unter-

ließ er es aber, diesen in Kenntniß zu setzen, unerachtet es ihm möglich gewesen wäre, so muß er sich mit der Abtretung der condictio indebiti gegen den Gläubiger, wozu der Haupt-Schuldner jedenfalls verbunden ist, begnügen. Auffallend möchte es nun zwar auf den ersten Anblick erscheinen, warum der Bürge sich erst die condictio indebiti vom Haupt-Schuldner abtreten lassen, und warum ihm diese nicht selbst zustehen solle? Allein geht man tiefer in die Sache ein, so wird man auch dieß sehr richtig finden. Der Bürge nämlich, welcher zuerst den Gläubiger befriedigte, hat offenbar ein debitum, der Haupt-Schuldner aber, welcher den bereits befriedigten Gläubiger noch einmal befriedigte, ein indebitum bezahlt, daher kann auch nur der Haupt-Schuldner die condictio indebiti anstellen, und der Bürge nur dann, wenn sie ihm vom Haupt-Schuldner abgetreten worden ist. Des entgegengesetzten Falls erwähnt Papinian

Fr. 59. D. de cond. indeb. (12, 6.)

„Si fidejussor *jure liberatus* solverit *errore* pe„cuniam, repetenti non oberit: si vero *reus pro„mittendi per errorem et ipse postea* pecuniam „solverit, non repetet: cum prior solutio, quae fuit „irrita, naturale vinculum non dissolvit, nec civi„le, si reus promittendi tenebatur. Hatte nämlich der Bürge, welchem für sich und in Beziehung auf die Bürgschafts-Verbindlichkeit eine zerstörliche Einrede zustand, den Gläubiger aus Irrthum und nachher diesen auch der Haupt-Schuldner aus Irrthum befriedigt, so wurde durch die erstere widerrufliche Zahlung die Verbindlichkeit nicht aufgehoben (§. 41. u. 42.), und daher war auch die Befriedigung von Seiten

des Haupt-Schuldners kein indebitum. Nur dem Bürgen stand daher auch die condictio indebiti zu, und nahm er mit Uebergehung derselben den Rückgriff an den Haupt-Schuldner, so mußte er sie indemnitatis causa (§. 105.) dem Haupt-Schuldner abtreten. Hatte übrigens im obigen Falle der mandator bey Befriedigung des Gläubigers sich von diesem die Klage gegen den Haupt-Schuldner nicht abtreten lassen, so konnte, da durch die Bezahlung des mandatoris die Ansprüche des Gläubigers an den Haupt-Schuldner nicht erlöschen (§. 103.), der Haupt-Schuldner die condictio indebiti, weil er der Zahlung des mandatoris, der suo nomine den Gläubiger befriedigt hatte, unerachtet kein indebitum bezahlte, nicht abtreten; auch trägt der Bürge, der hiedurch zu Schaden kommt, lediglich die Folgen seiner eigenen Fahrläßigkeit.

§. 108.

Von dem Rückgriffe des Bürgen gegen den Haupt-Schuldner, welchem der Gläubiger die Bürgschafts-Verbindlichkeit schenkungsweise erlassen hat.

In wiefern derjenige Bürge, welchem der Gläubiger die Bürgschafts-Verbindlichkeit schenkungsweise erlassen hat, den Rückgriff gegen den Haupt-Schuldner nehmen könne? davon Ulpian

Fr. 10. §. 13. D. Mandati (17, 1.)

„Si fidejussori *donationis causa* acceptum factum „sit à creditore, puto, si fidejussorem *remunerare* „voluit, *habere* eum mandati actionem"

Fr. 12. pr. D. ej. tit.

„Si vero *non remunerandi* causa, sed *principaliter donando* fidejussori remisit actionem, man-

„dati eum *non* acturum" welcher somit zwischen einer reinen und vergeltenden Schenkung unterscheidet, und nur bey letzterer noch den Rückgriff zuläßt, weil, wenn er nicht zugelassen würde, von einer Vergeltung ja keine Rede seyn könnte. Dagegen aber steht dem Bürgen, welchem der Gläubiger die Bürgschafts-Verbindlichkeit mittelst Schenkung von Todeswegen oder eines Vermächtnisses erlassen hat, der Rückgriff gegen den Haupt-Schuldner unbedingt zu nach Ulpian, welcher in dem oben abgedruckten

Fr. 10. §. 13.

also fortfährt: „*Multo magis*, si *mortis causa* „accepto tulisset creditor, vel si eam liberationem „*legavit.*"

§. 109.

Von dem Rückgriffe des Bürgen gegen den Hauptschuldner, wenn ein Dritter in der Absicht ihm zu schenken, den Gläubiger befriedigt hat.

Wenn ein Dritter in der Absicht den Bürgen zu beschenken, den Gläubiger für ihn befriedigt hat, so steht dem Bürgen der Rückgriff gegen den Hauptschuldner zu nach Ulpian

Fr. 12. §. 1. D. Mandati (17, 1.)

„Marcellus autem fatetur, si quis *donaturus fide-* „*jussori*, pro eo solverit creditori *habere fide-* „*jussorem* mandati actionem."

§. 110.

Von dem Rückgriffe des Bürgen gegen den Hauptschuldner, wenn er den von ihm befriedigten Gläubiger nachher beerbt hat.

Desgleichen hat auch derjenige Bürge, welcher den von ihm befriedigten Gläubiger nachher beerbt

hat, den Rückgriff gegen den Hauptschuldner nach Pomponius

Fr. 11. D. Mandati (17, 1.)

„Si ei, cui damnatus ex causa fidejussoria fueram, „*heres* postea extitero, *habebo* mandati actionem."

§. 111.

Von dem Rückgriffe desjenigen Bürgen gegen den Hauptschuldner, welcher durch ein ungerechtes Urtheil in der Hauptsache verurtheilt wurde.

Von dem Rückgriff desjenigen Bürgen, welcher durch ein ungerechtes Urtheil in der Hauptsache verurtheilt wurde, handelt Ulpian

Fr. 8. §. 8. D. Mandati (17, 1.)

„Hoc ex rescripto Divorum Fratrum intelligere li„cet. Hujus verba haec sunt: Catullo Juliano: „*Si hi, qui pro te fidejusserant, in majorem „quantitatem damnati, quam debiti ratio exige„bat, scientes et prudentes auxilium appellatio„nis omiserunt, poteris mandati agentibus his, „aequitate judicis tueri te. Igitur si ignorave„runt, excusata ignorantia est: si scierunt, in„cumbebat eis necessitas provocandi: caeterum „dolo versati sunt, si non provocaverunt*" und hieraus ist nun wohl auch die Stelle des Paulus

Fr. 67. D. de fidej. (46, 1.)

zu erklären: „Exceptione quae tibi prodesse debe„bat, usus, injuria judicis damnatus es: nihil tibi „praestabitur jure mandati, quia injuriam, quae „tibi facta est, penes te manere, quam ad alium „transferre, aequius est (sc. si culpa tua injustae „damnationis causam praebuisti)" denn daß der letztere in Klammern eingeschlossene Satz, welchen

man eben deßwegen für ein späteres Einschiebsel halten könnte, ein solches nicht ist, erſehen wir aus den „Basiliken"

L. XXVI. tit. 1: §. 67. (Ed. Fabr. Tom. IV. p. 109.)

welche diese Stelle also geben:

„Ἐὰν ὁ ἐγγυητὴς τὴν ὠφε-
„λῆσαι δυναμένην αὐτὸν πα-
„ραγραφὴν ἀντιθεὶς, ἀδί-
„κως καταδικασθῇ, οὐκ
„ἔχει κατὰ τοῦ ἐγγυηθέν-
„τος τὴν ἐπὶ τῇ ἐγγύῃ ἀγω-
„γὴν, ἐὰν οἰκείᾳ ῥαθυμίᾳ
„τὴν πρόφασιν ἔδωκεν τῆς
„ἀδίκου καταδίκης."

«Si fidejussor exceptio-
«ne, quae ei prodesse po-
«terat, opposita injuria
«judicis condemnatus
«sit, adversus eum, pro
«quo fidejussit, mandati
«actionem non habet,
«si culpa sua injustae
«condemnationis cau-
«sam praebuerit.»

und damit stimmt dann auch ein Reſcript Diocletians

Const. 10. C. Mandati (4, 35.)

überein. «Fidejussorem vero seu mandatorem ex«ceptione munitum et injuria judicis damnatum, «*et appellatione contra bonam fidem minime* «*usum, non posse mandati agere* manifestum «est» wobey ich denn überhaupt noch zu bemerken habe, daß in allen denjenigen Fällen, wo entweder eine Nichtschuld oder eine wirkliche Schuld dem Gläubiger auf den Grund eines rechtskräftigen Urtheils bezahlt wurde, eine Rückforderung nicht statt findet nach Ulpian

Fr. 29. §. 5. D. Mandati (17, 1.)

«In omnibus autem visionibus, quae propositae «sint, ubi creditor *vel non numeratam pecuniam* «(accipit) *vel numeratam iterum accipit*, repeti«tio contra eum competit, *nisi ex condemnatione*

„*fuerit ei pecunia soluta: tunc enim propter*
„*auctoritatem rei judicatae, repetitio quidem*
„*cessat,* ipse autem stellionatus crimine propter
„suam calliditatem plectetur."

§. 112.

Von dem Rückgriff des Bürgen gegen denjenigen Hauptschuldner, welchem die Rechtswohlthat des nothdürftigen Unterhalts (beneficium competentiae) zusteht.

Ueber den Rückgriff des Bürgen gegen denjenigen Hauptschuldner, welchem die Einrede des nothdürftigen Unterhalts in id quod facere potest — beneficium competentiae zusteht, weiß ich keine Stelle des römischen Rechts anzuführen, und wir sind daher hier lediglich auf die Analogie verwiesen. Aus dem

Fr. 16 — 23. D. de re judic. (42, 1.)

ersehen wir nun aber, daß diese Einrede oder Rechts-Wohlthat niemals unbedingt, d. h. unter allen, sondern daß sie nur unter gewissen Verhältnissen, und nur unter bestimmten Beziehungen dem Berechtigten zusteht. Kann nun der Bürge nur mittelst der ihm vom Gläubiger abgetretenen Klage seinen Rückgriff gegen den Hauptschuldner nehmen, und steht diesem die erwähnte Rechts-Wohlthat in Beziehung auf den Gläubiger zu, so muß auch der Bürge diese Einrede gegen sich gelten lassen, weil der Gläubiger nicht mehr und kein weiteres Recht, als er selbst hatte — auf ihn übertragen konnte. Steht aber den Bürgen die actio mandati gegen den Hauptschuldner zu, so kann Letzterer in der Richtung gegen den Bürgen diese Rechts-Wohlthat nicht geltend machen, da sie ihm in Beziehung auf das Mandats-Verhältniß nicht zusteht. Steht aber dem Bürgen die actio negotiorum gestorum zu, so kann der Haupt-

schuldner jene Einrede gegen ihn geltend machen, denn in so weit der Bürge über das id, quod facere potuit, bezahlt hat, hat er die negotia des Hauptschuldners inutiliter gerirt (§. 103.).

§. 113.

Erläuterung des Fr. 71. pr. D. de fidej. (46, 1.)

Zum Schluß dieses Abschnittes glaube ich noch die schwierige Stelle des Paulus

Fr. 71. pr. D. de fidej. (46, 1.)

erläutern zu müssen: „Granius Antoninus pro Julio Pollione et Julio Rufo pecuniam mutuam accipientibus, ita *ut duo rei ejusdem debiti fuerunt*, apud Aurelium Palmam mandator extitit; „Julii bona ad fiscum venerunt; similiter et creditori fiscus successerat: mandator allegabat, se „liberatum jure confusionis, quia fiscus tam creditori quam debitori successerat. Et quidem, si „unus debitor fuisset, non dubitabam, sicut fidejussorem ita et mandatorem litteratum esse, quamvis enim judicio convento principali debitore, „mandator non liberetur, tamen, ubi successit creditor debitori, veluti solutionis jure sublata obligatione, etiam mandator liberatur, vel quia non „potest pro eodem apud eundem quis mandator „esse. Sed cum duo rei promittendi sint, et alteri heres extitit creditor, justa dubitatio est, „utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta „fuisset pecunia: an persona tantum exemta, confusa obligatione? Et puto, aditione hereditatis, „confusione obligationis eximi personam: sed et „accessiones ex ejus persona liberari propter illam „rationem, quia non possunt pro eodem apud eun-

„dem

„dem obligati esse; at quemadmodum incipere „alias non possunt, ita nec remaneant. Igitur al- „terum reum ejusdem pecuniae non liberari; et „per hoc nec fidejussorem vel mandatorem ejus: „plane quia is mandati judicio eligere potest vel „creditorem, competituram ei exceptionem doli „mali, si coeperit conveniri: cum altero autem „reo vel in solidum, si non fuerit societas, vel in „partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere.“ Vor allen Dingen haben wir nun das Geschichtliche dieses Falls — das Factum — genauer zu erwägen. Bey einem gewissen Aurelius Palma hatten Julius Pollio und Julius Rufus ein Darleihen aufgenommen, und hiefür eine Gesammtverbindlichkeit (obligationem correalem) eingegangen, so daß jeder für die ganze Schuld haftet „ita ut duo rei ojusdem debiti fuerint“ worüber auch

Javolen, Fr. 2.
und
Pomponius, Fr. 4. } D. de duobus reis (45, 2.)

und das

proëm. J. ej. tit, (3, 16.)

zu vergleichen ist. Für beide hatte sich ein gewisser Gransus Antoninus dem Aurelius Palma als mandator verbürgt. Das Vermögen Eines der gesammtverbindlichen Schuldner fiel an die Staats-Kasse, und auch des Aurelius Palma Vermögen fiel dieser zu. Somit war also die Staats-Kasse Nachfolgerinn des Gläubigers und Eines der beiden Schuldner geworden. Nun entstanden die beiden Fragen:

a) ob dessen unerachtet noch der andere Schuldner, und
b) ob namentlich auch noch der mandator Antonin hafte.

der Entscheidung dieses Falles sendet nun Paulus Entscheidungsgründe voran. Vorerst bemerkt er nehmlich, daß wenn ursprünglich nur Ein Gläubiger vorhanden gewesen wäre, des mandatoris wie jedes andern Bürgen Verbindlichkeit erloschen wäre, was ihm gar nicht zweifelhaft erscheine; denn wenn gleich der mandator dadurch, daß der Gläubiger den Hauptschuldner belangt, ausnahmsweise nicht wie andere Bürgen (nehmlich nach dem damaligen, von Justinian aber, welcher alle Bürgen den Mandatoren gleichstellte, aufgehobenen Rechte, §. 103.) befreit werde, so seye doch die Confusion, d. h. die Vereinigung des Gläubigers und Schuldners in Einer Person, wie die Zahlung, schon aus dem Grunde als Erlöschungsgrund anzusehen, weil da, wo Gläubiger und Schuldner in Einer Person vereinigt seyen, eine Bürgschafts-Verbindlichkeit sich nicht denken lasse. Wo aber, wie im vorliegenden Falle, zwey gesammt-verbindliche Schuldner vorhanden seyen, sey die Frage: ob die Confusion wie die Zahlung wirke, und ob somit auch der andere Schuldner durch die Confusion befreit seye? etwas schwieriger und zweifelhafter. Er für seine Person habe aber die Ansicht, daß die Confusion hier nicht wie Zahlung wirke, sondern daß ihre Wirkung sich lediglich auf denjenigen Schuldner, in Beziehung auf welchen eine Confusion vorgegangen, beschränke, und daß somit auch nur der Bürge desselben von der Bürgschafts-Verbindlichkeit befreit werde, daß also der andere Gläubiger der vorgegangenen Confusion unerachtet noch hafte, somit aber auch sein Bürge. (Hier erlaube ich mir nur eine Lücke in den Entscheidungs-Gründen zu ergänzen. Durchaus nichts Schwieriges

hat nun der Fall auch in Beziehung auf den Bürgen, wenn zwey verschiedene Bürgen für die verschiedenen Gläubiger vorhanden sind; denn dann wird der Bürge desjenigen Schuldners, in Beziehung auf welchen eine Confusion vorgegangen, befreit, der Bürge des andern aber bleibt verbindlich. Schwieriger ist aber allerdings die Sache, wenn wir uns denken, daß für beide sich nur Einer verbürgt hat, wie im vorliegenden Falle. Denn wenn hier der Bürge belangt wird, so kann er seinen Rückgriff gegen den einen oder den andern Schuldner nach Willkür, somit also auch gegen die Staats-Kasse im vorliegenden Falle nehmen, und somit würde durch die actio mandati des Bürgen gegen die Staats-Kasse, derselben gerade dasjenige wieder entwunden, was sie durch die actio mandati gegen den mandator von demselben erhielt. Und um diese gegenseitigen Ansprüche, welche am Ende doch nur das Erlöschen der Verbindlichkeit als Ergebniß herbeiführen, auszugleichen, gestattet Paulus dem mandator die exceptio doli mali gegen die Klage der Staats-Kasse. Ganz anders aber gestaltet sich die Sache, wenn die Schuldner nicht duo rei ejusdem debiti, sondern socii sind, denn dann erlischt nur die Schuld des Einen, so wie die Verbindlichkeit des Bürgen nur in Beziehung auf diese Eine Schuld durch die Confusion; in Beziehung auf die andere Schuld aber bleibt, wie der Hauptschuldner, so auch der Bürge verbindlich. Denn hier kann er, wenn er die andere Schuld bezahlt hat, unmöglich seinen Rückgriff gegen den Gläubiger, welcher zugleich auch den andern Schuldner in sich vereinigt, nehmen, indem er nur die Schuld eines andern Schuldners, welche durch Con-

fusion nicht erloschen war, bezahlte. Dieß drückt nun auch Paulus durch den Satz: „cum altero „autem reo vel in solidum, si non fuerit societas, „vel in partem, si socii fuerunt, creditorem posse „agere“, wobey er freilich des Bürgen nicht mehr erwähnte, aus; denn der erstere Theil des Satzes enthält offenbar einen Gegensatz zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen, der letztere Theil aber stellt beide gleich. Aber auch bey einer Correal-Verbindlichkeit der Schuldner steht die exceptio doli ihrem gemeinschaftlichen Bürgen nur dann zu, wenn er seinen Rückgriff mittelst der actio mandati nehmen kann; denn wenn ihm bloß die actio negotiorum gestorum zusteht, so kann er offenbar nicht seinen Rückgriff an den Gläubiger, der durch Confusion zugleich Schuldner wurde, nehmen; denn die negotia des Letztern konnte er offenbar nicht geriren, da ja gar keine mehr vorhanden waren. Eben so wenig, wenn der Bürge bloß mittelst der ihm abgetretenen Klage seinen Rückgriff nehmen kann; denn dann wird sich wohl der Gläubiger sehr in Acht nehmen, ihm die Klage gegen sich selbst abzutreten, und wird ihm nur die Klage gegen den andern Schuldner abzutreten für gut finden. — So glaube ich dann auch diese etwas schwierige Stelle befriedigend erklärt zu haben.

Achte Abtheilung.

Von Verpfändungen, namentlich in Beziehung auf natürliche Verbindlichkeiten.

---

§. 114.

Auch für natürliche Verbindlichkeiten kann Verpfändung Statt finden.

Daß auch für natürliche Verbindlichkeiten Pfand-Bestellungen Statt finden können, ersehen wir aus Marcian,

Fr. 6. D. de pign. (20, 1.)

„Res *hypothecae* dari posse sciendum est pro qua-„cunque obligatione etc. vel pro civili, vel hono-„raria, vel tantum *naturali*.“

Ulpian,

Fr. 14. §. 1. D. ej. tit.

„Ex quibus casibus *naturalis obligatio* consistit, „*pignus* perseverare constitit.“

und Paulus,

Fr. 101. §. 1. D. de solut. (46, 3.)

„Cum creditor pignus distraheret licere ei pretium „in acceptum referre, *etiam in eam quantitatem*, „*quae natura tantum debeatur*, et ideo deducto „eo debitum peti posse.“

§. 115.

Untersuchung der Frage: ob natürliche Verbindlichkeiten durch Pfand-Bestellung klagbar werden?

Allein eine andere Frage ist diese: ob natürliche Verbindlichkeiten durch Pfand-Bestellung klagbar

werden? Vor allen Dingen aber ist hier vorerst der wahre Sinn der Frage festzusetzen. Denn unterlegt man derselben den Sinn: ob durch die Pfand-Bestellung die natürliche Verbindlichkeit selbst — an und für sich — direct — klagbar werde? so ist diese Frage offenbar zu verneinen. Anders aber, nehmlich so gestellt, ob sie nicht wenigstens — nehmlich durch die aus der Pfand-Bestellung hervorgehende Pfandschafts-Klage, also nur mittelbar — indirect — klagbar werde, ist sie mit Unterscheidung zu beantworten. Das Römische Recht kennt nehmlich zweierley Arten von Pfändern, Unterpfänder und Faustpfänder (hypothecas et pignora). Erstere unterscheiden sich aber von den letzteren wesentlich dadurch, daß Unterpfänder im Besitze des Pfandschuldners verbleiben, Faustpfänder aber in den Besitz des Pfandgläubigers übergehen.

Fr. 9. §. 2. D. de pign. act. (13, 7.) Fr. 158. §. 2. D. de V. S. (50, 16.) §. 7. J. de act. (4, 6.)

Hatte nun der Gläubiger ein Faustpfand, so konnte er ja dasselbe nach den bestehenden Rechts-Normen veräußern. In Hinsicht auf das ältere Recht und die beiden Arten des Faustpfandes, nehmlich des formlosen, bloß mittelst Uebergabe bestellten, pignus, und der förmlichen, mittelst mancipatio oder in jure cessio übergebenen, fiducia, ist zu vergleichen: Gajus,

Comment. L. II. §. 60. p. 108.

Paulus,

Recept. Sentent. 2, 5, 1.
2, 13, 5.
2, 17, 12.

Isidorus,

Orig. L. 5. cap. 25.

„Fiducia est, cum res aliqua sumendae pecuniae

„mutuae gratia vel *mancipatur*, vel *in jure* ce-
„ditur."

Ulpian,

Fr. 4. D. de pign. act. (13, 7.)

Javolen,

Fr. 73. D. de furtis (47, 2.)

und in Hinsicht auf die Veräusserung nach Justinianeischem Recht,

Const. 3. §. 1. C. de jure dom. impetr. (7, 24.)

in Vergleichung mit

§. 1. J. quibus alienare (2, 8.)

Der Gläubiger bedurfte somit, da er ja, wie uns auch oben (§. 114.) Paulus belehrt, von dem Erlös seine Befriedigung erhalten konnte, keiner Klage. Anders aber, wenn er nur Unterpfands-Recht erhalten hatte, denn dann mußte er die actio pigneratitia (quasi Serviana) auf Herausgabe des Unterpfandes, oder Abtrag der Verbindlichkeit anstellen.

§. 7. J. de act. (4, 6.)

Const. 2. C. si unus ex plur. (8, 32.)

Daß nun der Pfand-Gläubiger auch bey einer natürlichen Verbindlichkeit, für welche ihm ein Unterpfand bestellt war, die actionem pigneratitiam anstellen konnte, daran vermag ich um so weniger zu zweifeln, als bey einer Verpfändung, nach den Ansichten der Römischen Rechtsgelehrten, eigentlich eine gedoppelte Verbindlichkeit, nehmlich außer der Haupt-Verbindlichkeit noch eine besondere Verbindlichkeit in Beziehung auf die verpfändete Sache (obligatio rei), entstand (vergl. §. 32.). Jene letztere war nun aber offenbar klagbar, und somit wurde es auch, jedoch nur indirect, die Haupt-Verbindlichkeit. Doch die Gründe der Gegner habe ich nun auch einer genaueren Prüfung zu unterwerfen. Für die entgegengesetzte Meinung führt man nehmlich an:

a) eine Stelle des Scävola,

Fr. 19. D. qui pot. in pignore (20, 4.)

„Mulier in dotem dedit marito praedium pignori „obligatum, et testamento maritum et liberos ex „eo natos, item ex alio heredes instituit; creditor „cum posset heredes convenire idoneos, ad fun- „dum venit. Quaero: an si ei justus possessor „offerat, compellendus sit *jus nominis* cedere? „Respondit, posse videri non injustum postulare.“ Man will nehmlich aus dieser Stelle den Schluß ziehen, daß, da der Gläubiger dem Besitzer des Unterpfandes seine Klage abtreten müsse (was freilich von Justinian

Nov. 4. Cap. 2.

— wonach die hypothekarische Klage gegen den dritten Besitzer nur, nachdem der Hauptschuldner und dessen Bürgen ausgeklagt sind, Statt findet — abgeändert wurde), er aber keine Klage habe, so könne er ihn ja auch nicht belangen. — Abgesehen nun aber auch davon, daß diese Stelle nur für den Fall, wenn der Schuldner und der Pfand-Besitzer nicht in Einer Person vereinigt sind, etwas beweisen könnte, so hat man ihr offenbar auch einen Sinn unterschoben, welchen sie wirklich nicht hat. Denn nicht, daß der Gläubiger seine Klage (actio), sondern nur, daß er das jus nominis abzutreten habe, behauptet Scävola; das jus nominis aber kann naturale oder civile seyn, und somit bietet diese Stelle Scävola's keinen Beweis für die entgegengesetzte Meinung dar. Die Gegner beziehen sich aber

b) auf eine Stelle Ulpians,

Fr. 9. pr. D. de SCto Maced. (14, 6.)

„Sed si paterfamilias factus rem pignori dederit, „dicendum erit, SCti exceptionem ei denegandam

„usque ad pignoris quantitatem.“ Allein, was diese Stelle beweisen solle, sehe ich nicht ein; denn aus dem Darlehen, welches einem Haussohne gegeben würde, entsteht doch wahrlich keine natürliche Verbindlichkeit, sondern diese wird erst dann begründet, wenn der Haussohn der Einrede des SCti Macedoniani unerachtet, das Darlehen zurückbezahlt hat (§. 48.); und die vorliegende Stelle hat somit auch lediglich keinen andern als den Sinn, daß wenn der Haussohn als Hausvater für ein solches Darlehen nachher ein Unterpfand bestellt, er eben hiedurch, in so weit das Pfand zu Befriedigung des Darleihers hinreiche, auf die Einrede des SCti Macedoniani Verzicht geleistet habe. Man beruft sich aber, und zwar noch in besonderer Beziehung auf die Behauptung, — daß dem Pfand-Gläubiger bloß ein Zurückbehaltungs-Recht des Faustpfandes, und keineswegs bey Unterpfändern eine Klage zustehe, —

c) auf den ersten Satz der

Const. 22. C. de usuris (14, 32.)

welche wir aber ganz betrachten wollen. „Pignori„ribus quidem intervenientibus, usurae quae sine „stipulatione peti non poterant, pacto retineri „possunt. Verum hoc jure constituto, cum hu„jusmodi nullo interposito pacto tantummodo „certae summae praestari poenam convenisse pro„ponas: nec peti, nec retineri *quidquam am*„*plius* potest, et ad pignoris solutionem urgeri te „disciplina juris perspicis.“ Daß diese Stelle nun ein Rescript im Sinn des Theophilus

Paraphr. Instit. L. I. tit. 2. §. 6. (Ed. Reitz Tom. I. p. 28.)

„Καὶ τί ἐπιϛολή? ἀντι„γραφὴ βασιλέως πρὸς ἄρ„χοντος ἀναφορὰν περί τι„νος ἀμφιβόλου πράγματος „γενομένη."

«Et quid est epistola? «Rescriptum principis «ad relationem praesi«dis aut magistratus su«per quadam re ambi«gua emissum» — seye, ergibt sich wohl schon auf den ersten Anblick. Den Inhalt desselben wollen wir nun näher beleuchten. Das Rescript sagt: Auch wegen solcher Zinsen, welche nicht mittelst einer förmlichen verborum obligatio, sondern durch einen bloßen formlosen Vertrag (pactum nudum) bedungen worden, welcher zwar an und für sich, und wenn er nicht einem contractus bonae fidei auf der Stelle angehängt worden, keine Klage begründe, — vergl. Paulus

Recept. Sentent. 2, 14, 1.

und Ulpian

Fr. 7. D. de pactis (2, 14.)

finde doch Zurückbehaltungs-Recht des Faustpfands statt. In dem vorliegenden Falle aber werde behauptet, daß gar keine Zinsen, sondern lediglich eine bestimmte Entschädigung (certae summae poena — denn daß das Wort poena auch im Sinne einer Entschädigung vorkomme, ersehen wir aus dem

§. 7. J. de V. O. (3, 15.)

«Non solum res in stipulationem deduci possunt, sed «etiam facta: ut si stipulemur aliquid fieri, vel «non fieri: sed in hujusmodi stipulationibus «optimum erit, *poenam* subjicere, ne quantitas «stipulationis in incerto sit» — vergl. mit Venulejus)

Fr. 11. D. de stip. praetor. (46, 5.)

versprochen worden seye, und so könne nun auch nichts weiter als jene Entschädigung gefordert, und wenn die Lösung des Pfandes von dem Schuldner nicht erfolge, von dem Erlös desselben zurückbehalten werden. Auch dieses Rescript kann somit für die entgegengesetzte Meynung nichts beweisen, da es lediglich von dem Falle einer Faustpfands-Bestellung, in welchem, wie schon oben bemerkt worden, der Gläubiger keiner Klage bedarf, handelt. Meiner Ansicht nach dürfte daher auch der Satz: daß, wo für natürliche Verbindlichkeiten Unterpfänder bestellt worden, diese mittelst der actio pigneratitia geltend gemacht werden können, als ein erwiesener anzunehmen seyn.

§. 116.

Angabe des Grundes: warum sich die Pfandschafts-Klage erst nach der persönlichen betreffenden Klage verjähre?

Eben aus dieser gedoppelten Verbindlichkeit, welche durch den Pfand-Vertrag entsteht, und welche ich eine subjective, lediglich in Beziehung auf das verbindliche Subject, und eine sub-objective in Beziehung auf das Sub- und Object des Pfand-Vertrags nennen möchte, läßt sich dann auch erklären, warum die Verjährung der persönlichen Verbindlichkeit in dem Falle, wo sich die Pfandschafts-Klage erst nachher verjährt, dem Gläubiger nicht schade, was zwar nur analog aus der Stelle des Paulus

Fr. 30. §. 1. D. ad leg. Aquil. (9, 2.)

indem das „litem tempore amisit" auf das expirare litem oder mortem litis è lege Julia, wovon Gajus

Comment. L. IV. §. 104. p. 355.

zu beziehen ist, mit vieler Wahrscheinlichkeit aber aus dem Rescript Gordians

Const. 2. C. de luit. pign. (8, 31.)

„Intelligere debes vincula pignoris *durare* etiam „actione personali *summota*," welcher freylich die erlöschende Verjährung in dem allgemeinen Umfange, den sie erst nachher erhielt, noch nicht, und nur eine sehr beschränkte Verjährung kannte, und mit voller Gewißheit aus der

Constit. 7. verglichen mit Constit. 3. u. 4.	}	C. de praescr. XXX vel XL annorum (7, 39.)

zu entnehmen ist.

§. 117.

Von dem Rechts-Bestand des Pfandrechts, in Beziehung auf eine bloß objective natürliche Verbindlichkeit.

In Beziehung auf die Frage: ob bey einer bloß objectiven natürlichen Verbindlichkeit (§. 72. u. 85.) das Pfandrecht von Wirkung sey? ist zuerst zu unterscheiden: ob ein subjectiv Nichtverbindlicher, z. B. der Unmündige oder Minderjährige selbst — oder für ihn ein dritter subjectiv Verbindlicher das Pfand bestellt hat. Denn im ersteren Fall haftet das Pfand wegen der subjectiven Ungültigkeit des Pfand-Vertrags nicht, im letztern aber haftet dasselbe auch für eine bloß objective natürliche Verbindlichkeit, denn daß auch der Bürge für eine bloß objective natürliche Verbindlichkeit haffte, habe ich oben (§§. 92. u. 94—99.) gezeigt, und derjenige, welcher sein Eigenthum für einen Andern verbürgt hat, ist doch wohl nur als Bürge desselben im weitern Sinne des

Worts (Intercedent) zu betrachten, wie wir auch aus Pomponius

Fr. 32. §. 1. D. ad SCt. Vellej. (16, 1.)

ersehen.

Neunte Abtheilung.

Von dem Einflusse der erlöschenden Verjährung auf Verbindlichkeiten.

§. 118.

Begriff der Verjährung.

Unter der erlöschenden Verjährung verstehen wir das Erlöschen des Rechts? oder der Klage? durch den Ablauf einer bestimmten Frist. Das aber eben, ob das Recht oder die Klage bloß erlösche? ist streitig. Leider fällt die erlöschende Verjährung erst in einen der der Blüthe Römischen Jurisprudenz nachgehenden Zeitraum, und was jene eigentlich mit dem Wort „praescriptio" bezeichnen wollte, ist selbst aus den unvollständigen Umrissen des Gajus

Comment. L. IV. §§. 130 — 133. p. 368 — 371.

nicht klar geworden. Allein meiner Ansicht nach erlischt durch die Verjährung bloß die Klage, nicht das Recht selbst, denn auch die

Const. 3. u. 4. C. de praescr. XXX. vel XL. annorum (7, 39.)

sprechen immer von einem „extingui actionum" „non amplius vivere actionem." Dieses Erlöschen der Klage, diese praescriptio von Seiten des actoris

bildete aber nun von Seiten des rei — des Schuldners, denn dieß geht wohl aus Gajus

l. c. §. 133 p. 371.

hervor, eine zerstörliche Einrede, welche nun die der Verjährung ungeachtet erhobene Klage entkräftet.

§. 119.

In wie weit nach der erlöschenden Verjährung eine natürliche Verbindlichkeit zurückbleibe?

Hienach ist dann auch die Frage: In wie weit nach der erlöschenden Verjährung eine natürliche Verbindlichkeit zurückbleibe? zu ermessen. Nach der Verjährung bleibt nämlich nur eine solche Verbindlichkeit zurück, welche durch eine zerstörliche Einrede entkräftet werden kann. Daß dieß aber keine natürliche Verbindlichkeit seye, sondern erst dann es werde, wenn der Schuldner, der ihm bekannten zerstörlichen Einrede ungeachtet, den Abtrag der Verbindlichkeit freiwillig geleistet habe, ist bereits oben (§. 48.) erwiesen worden.

Schluß.

Erklärung des Fr. 38. pr. D. de cond. indeb. (12, 6.)

§. 120.

Die Stelle selbst.

Zum Schluß, endlich glaube ich noch, die bekannt schwierige Stelle Africans

Fr. 38. pr. D. de cond. indeb. (12, 6.)

erläutern zu dürfen. Sie lautet wie folgt: „Frater a „fratre, cum in ejusdem potestate essent, pecuniam „mutuatus *post mortem patris* ei solvit: quaesi- „tum est, an *repetere* possit? Respondit, „*utique* „*pro ea parte, qua ipse patri heres extitisset*

„*repetiturum: pro ea vero, qua frater heres* „*extiterit, ita repetiturum, si non minus ex pe-* „*culio suo ad fratrem pervenisset:* naturalem „enim obligationem, quae fuisset, hoc ipso subla- „tam videri, quod peculii partem frater sit conse- „cutus: adeo ut, *si praelegatum filio eidemque* „*debitori* (*id*) *fuisset, deductio hujus debiti a* „*fratre ex eo fieret:* idque maxime consequens „esse ei sententiae, quam Julianus probaret, si „extraneo quid debuisset, et ab eo post mortem „patris exactum esset, tantum judicio eum familiae „erciscundae recuperaturum a coheredibus fuisse, „quantum ab his creditor actione de peculio con- „sequi potuisset. Igitur (et) si re integra familiae „erciscundae agatur, ita peculium dividi aequum „esse, ut ad quantitatem ejus indemnis a coherede „praestetur: porro eum, quem adversus extraneum „defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri „debuisset indemnem esse praestandum."

§. 121.

Erläuterung derselben.

Diese Stelle handelt von folgendem Falle. — Ein Vater A. hatte zwey Söhne B. und C., jedem derselben hatte er einen Theil seines Vermögens zur Verwaltung überlassen (peculium — jetzt profectitium genannt). Der Sohn C. entlehnte nun von dem Peculium des Sohnes B. zu seinem Peculium eine Summe, und bezahlte sie erst nach dem Tode seines Vaters zurück? Nun entsteht die Frage: Kann er die Bezahlung überhaupt, und in wie weit kann er sie zurückfordern? African erwiedert, die seinem Erbtheil an der Verlassenschaft des Vaters verhältniß-mäßige Summe jedenfalls, aber auch den übrigen

Theil, insoweit nicht durch jene Schuld sein des Sohnes C. eigenes Peculium vermindert wurde. Doch dieß will ich durch ein Beispiel nunmehr erläutern:

Der Vater hinterließ

a) ein in seiner unmittelbaren Verwaltung stehendes Vermögen von	2000 fl.
b) ein Peculium seines Sohnes B., welches aber in der Peculien-Schuld seines Bruders C. besteht	300 —
und	
c) ein Peculium seines Sohnes C. von 400 fl. worauf aber noch die Peculien-Schuld an seinen Bruder B. von 300 fl. haftet, welche daher, da sie oben berechnet wurden, hier abzuziehen sind, und nur noch der Rest einkommt mit	100 —
	2,400 fl.
Es trifft somit jeden der beiden Söhne .	1,200 —

Gesetzt nun, der Sohn C. hat die Peculien-Schuld erst nach dem Tode seines Vaters zurückbezahlt, und zwar sie von seinem Peculium, wie oben geschehen, abgezogen, so würden, wenn man keine Rückforderung gestattete, sich die Empfänge der beiden Söhne folgendermaßen herausstellen:

Der des Sohns B.		Der des Sohnes C.	
a) Antheil an der unmittelbaren Verlassenschaft seines Vaters	1000 fl.	a) Antheil an der Verlassenschaft seines Vaters	1000 fl.
b) Antheil an dem Peculium seines Bruders	50 —		
c) die Peculien-Schuld	300 —	b) an seinem eigenen Peculium	50 —
	1,350 —		1,050 —

also

also 150 fl. weniger als B.

Nun fordert er aber die Hälfte seiner Peculien-Schuld von 300 fl. mit 150 fl. zurück, und damit ist er gegen seinen Bruder gleichgestellt; denn

$$1350 - 150 = 1050 + 150.$$

Mehr aber kann er hier nicht zurückfordern, weil er die Schuld von 300 fl. von seinem Peculium von 400 fl. abgezogen hat. Setzen wir aber den Fall, er hat jene 300 fl. nicht von seinem Peculium abgezogen, so würden sich folgende Empfänge der beiden Brüder bilden:

Der Bruder B. erhielte		Der Bruder C.	
a) an der unmittelbaren Verlassenschaft seines Vaters . . .	1000 fl.	a) an der unmittelbaren Verlassenschaft seines Vaters . . .	1000 fl.
b) an dem Peculium seines Bruders C. von 400 fl.	200 —	b) an seinem eigenen Peculium die Hälfte mit	200 —
c) Die Peculien-Schuld seines Bruders mit .	300 —		1,200 fl.
	1,500 fl.		

Dagegen aber hat er bezahlt . . . . 300 —
und verbleiben ihm somit nur noch . . . 900 —
somit 600 fl. weniger als seinem Bruder; fordert er aber nunmehr die ganze Peculien-Schuld, welche hier doppelt aufgerechnet ist, und somit die Verlassenschaft ideell vergrößert, d. h. die ganz bezahlten 300 f. zurück, so steht er, da

$$1500 - 300 = 900 + 300$$

seinem Bruder gleich, und somit sind die Worte: pro ea vero — pervenisset erläutert. Nun aber spricht African noch von einer naturalis obligatio

quae fuisset, et sublata est, was sich gar leicht erklären läßt; denn der Sohn B. konnte zu Lebzeiten seines Vaters die Schuld von seinem Bruder C. nicht zurückfordern, weil es dem Vater ganz einerley seyn konnte, ob jene 300 fl. sich in dem Peculium seines Sohnes B. oder C. befinden, und wenn ersterer durch Verminderung des letztern sich vergrößert hätte, der Stand seines Vermögens unverändert derselbe geblieben wäre; daher und aus demselben Grunde konnte auch der Sohn C., wenn er die Peculien-Schuld zu Lebzeiten seines Vaters zurückbezahlt hatte, nichts zurückfordern. Nach dem Tode des Vaters aber änderte sich die Sache. Er erbte nämlich auch an dem Peculium seines Bruders B., und somit entstand in Betreff seines Erbtheils jedenfalls eine Confusion. Hatte er daher nach dem Tode seines Vaters bezahlt, so erbte er jedenfalls, wenn er nämlich die Schuld an seinem Peculium abgezogen hatte, die Hälfte, und wenn er sie nicht abgezogen, sondern von seinem Vermögen bezahlt hatte, konnte er, da durch eine Nichtschuld von ihm die Verlassenschaft des Vaters ideell vergrößert worden, das Ganze zurückfordern. Gesetzt nun (ein Fall, dessen African nur im Verfolg erwähnt, und welcher die Converse des früheren, nach welchem der Sohn C. die Peculien-Schuld nur insoweit bezahlen durfte, als das Peculium zureichte, und er es mit seinem Bruder B. theilen mußte, enthält, indem hier eine Forderung des C. an jene Schuld unterstellt wird, welche nun gleichfalls auf den Betrag des Peculiums beschränkt ist) der Vater A. hat seinem Sohn C. die Peculien-Schuld prälegirt, wie ist dann zu verfahren? Setzen wir wie oben den Fall, das Peculium betrage 400 fl., so ist die Theilung sehr einfach, denn es erhält

Der Sohn B.

1) die Hälfte an der unmittelbaren Verlassenschaft seines Vaters 1000 fl.

2) die Hälfte an dem Peculium seines Bruders von 490 fl. nach Abzug der Peculienschuld als Vorvermächtniß 100 fl. — 50 —

1050 —

der Sohn C. Vorvermächtniß . 300 fl.

sodann

a) wie sein Bruder B. . . . . 1000 —

b) wie sein Bruder B. . . . 50 —

1350 —

somit 300 fl. mehr.

Allein, gesetzt das Peculium betrüge nur 100 fl., so kann er auch nur jene 100 fl. als Vorvermächtniß in Anspruch nehmen, da die übrigen 200 fl. ja nicht vorhanden sind.

Setzen wir daher den Fall:

Das Peculium des Sohnes B. bestehend in einer Schuld von 300 fl. von seinem Bruder C. 400 fl.

a) die unmittelbare Verlassenschaft des Vaters beträgt . . . 2000 fl.

b) das Peculium des Sohnes C., worauf aber 300 fl. Schulden haften, 100 —

2100 —

so heben sich die 300 fl. Forderung des B. und Schuld des C. offenbar gegeneinander auf.

B. erhält:	und C. erhält:
die Hälfte an der Verlassenschaft seines Vaters, 1000 fl.	a) Vorvermächtniß 100 fl.
	b) die Hälfte an der Verlassenschaft seines Vaters . . . 1000 —

denn das Vermächtniß kann er nur, insoweit sein Peculium zu Entrichtung desselben zureicht, fordern, wodurch nun die Worte „adeo ut — fieret“ erläutert sind. Das Uebrige, was sodann African noch bemerkt, versteht sich wohl von selbst.

Druckfehler.

Seite 28. §. 37. in der griechischen Stelle Zeile 7. ist zu lesen: παρασκευάζοοσι statt „παρασκευάζουσι.“
— 48. — 51. Z. 4. v. unt. l. daure st. „dauren.“
— 53. — 56. Z. 10. l. „de R. C.“ st. de R. O.
— 55. — 57. Z. 3. auf der linken Spalte l. Fr. 5. §. 1. st. „Fr. 5. §. 3.“
— 57. — 62. Z. 2. l. Fr. 5. st. „Fr. 7.“
— 82. — 77. Z. 2. u. 3. l. ἔφηβος st. „ἐφηβος“
— 84. — 79. in der Ueberschrift l. der st. „des“
— 111. — 91. Z. 2. l. §. 119. st. „§. 19.“

